

## **CAP Jurídica Central**

Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de  
Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador

**año 5, núm. 8 | enero-junio 2021**

CAP Jurídica Central es una revista semestral de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. ISSN-i 2550-6595 ISSN-e 2600-6014 | año 5, núm. 8 | enero-junio 2021

#### **COMITÉ EDITORIAL**

Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante-España)  
Antonio García Amado (Universidad de León-España)  
Ramiro J. García Falconí (Universidad Central del Ecuador)  
Agustín Grijalva Jiménez (Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador)  
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn-Alemania)  
Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante-España)  
Agustín J. Pérez Cruz-Martín (Universidad A' Coruña-España)  
Angélica Porras Velasco (Universidad Internacional SEK-Ecuador)

#### **ENTIDADES EDITORAS**

Colegio de Abogados de Pichincha  
revistacap\_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador  
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales  
decanato.fjcps@uce.edu.ec | subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

#### **EDITORES**

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

#### **COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA**

Eliana Alba Zurita

Diseño y diagramación | Estefanía Zumárraga  
Corrección de textos | Marcelo Acuña, Andrea Morales, Iris Franco  
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2021  
Ciudadela Universitaria, Av. América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea  
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>  
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**

Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda, Ph. D. | RECTOR

Dra. María Augusta Espín, Ph. D. | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Dra. María Mercedes Gavilánez, Ph. D. | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Ec. Marco Posso, M. Sc. | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Patricio Sánchez Padilla, M. Sc. | DECANO

Dr. Ramiro García Falconí, M. Sc. | SUBDECANO

Dr. César Rosendo Muñoz Pazmiño, M. Sc. | DIRECTOR CARRERA DE DERECHO

## **MIEMBROS DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA**

Inés Baldeón Barriga

René Bedón Garzón

Alfredo Corral Ponce

César Montaña Galarza | TESORERO

Víctor Granda Aguilar

Alí Lozada Prado

Lenín Navarro Moreno | SECRETARIO

Luis Parraguez Ruiz

Alejandro Ponce Martínez

Angélica Porras Velasco

Hernán Rivadeneira Játiva | PRESIDENTE (†)

Isabel Robalino Bolle

Farith Simón Campaña

Julio César Trujillo (†)



## Índice

	pág.
<i>El pluralismo jurídico vertical: la construcción de normativa global a partir de una aproximación a la Lex mercatoria</i> José Tapia Paredes.....	07
<i>El medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas. Especial referencia al derecho español</i> Demelsa Benito Sánchez .....	21
<i>Explotación laboral económica, empresas y organizaciones criminales: una revisión crítica a la regulación penal española</i> María Soledad Gil Nobajas.....	41
<i>Las repercusiones de la psicopatía en la imputabilidad. Un análisis de la jurisprudencia y una propuesta de aplicación en el Derecho Penal español</i> Itziar Casanueva Sanz .....	68
<i>El contrato de trabajo deportivo en el Ecuador: un camino a la precariedad laboral</i> José Alejandro León Fernández .....	93
<i>El delito de child grooming, terminología y sus elementos del tipo</i> Ma. del Carmen Rodríguez Tapia, Pedro Sebastián Jerves.....	105
Instrucciones para los autores .....	121
Política de derechos de autor .....	123
Responsabilidades de los revisores externos .....	123
Código de conducta y mejores prácticas para editores.....	124
Políticas de ética y detección de plagio .....	129
Políticas de preservación digital.....	130
Estilo de citación.....	130



# El pluralismo jurídico vertical: la construcción de normativa global a partir de una aproximación a la *Lex mercatoria*

## *Vertical legal pluralism: The construction of global regulations from an approach to the *Lex mercatoria**

JOSÉ TAPIA PAREDES

Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6466-1244>



Recibido:  
26/01/2021

Aceptado:  
04/03/2021

### Resumen

El presente trabajo parte de una breve revisión al concepto de pluralismo jurídico y refiere algunas tipologías y alcances conceptuales sobre el mismo, luego de lo cual realiza aproximaciones respecto a la *Lex mercatoria* para identificarla como una expresión del pluralismo jurídico, concentrándose en revisar sus características históricas y contemporáneas, observándose a partir de ello el tipo de pluralismo al que inicialmente se adscribe en virtud de las facetas que muestra tener el proceso de formación de las normas no estatales producidas por agentes económicos, principalmente empresarial y transnacionales, para finalmente señalar el tránsito y puente construido por este derecho considerado en principio no oficial con el derecho oficial.

### Palabras clave

Pluralismo jurídico, *Lex mercatoria*, empresas transnacionales, comercio internacional, globalización y derecho no estatal.

### Abstract

This work is based on a brief review of the concept of legal pluralism and refers to some typologies and conceptual scopes about it, after which, makes approximations regarding the *Lex mercatoria* to identify it as an expression of legal pluralism concentrating on reviewing its historical and contemporary characteristics, observing from this the type of pluralism to which it is initially ascribed by virtue of the facets shown by the process of formation of non-state norms produced by economic agents, mainly transnational corporations, to finally point out the traffic and bridge built by this right considered in principle unofficial with the official right.

## Keywords

Legal pluralism, Lex mercatoria, transnational companies, international trade, globalization and non-state law.

### El pluralismo jurídico: definición y algunas tipologías

Norberto Bobbio es uno de los teóricos del derecho que considera que el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, puesto que observa que éstas también son producidas por grupos sociales diferentes al Estado,<sup>1</sup> y Boaventura de Sousa Santos identifica de la misma manera, que las sociedades modernas se rigen por una pluralidad de ordenes jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de distintas formas en el campo social, circunstancia que plantea el debate del pluralismo jurídico.<sup>2</sup>

La Escuela de Frankfurt, como uno de los más visibles impulsores de la llamada «Teoría crítica», que ha contribuido con explorar el mundo de las apariencias objetivas para exponer las relaciones sociales subyacentes, penetrando en dichas apariencias a través de un análisis crítico,<sup>3</sup> deteniéndose entre otras cosas a observar los procesos histórico-sociales y una realidad en constante transformación, para no solamente describir lo ya establecido o contemplar distanciamiento los fenómenos sociales y reales, sino para contraponer dialécticamente la «teoría» con la «praxis»<sup>4</sup> de cuyo develamiento podrían claramente derivarse posturas, propuestas y acciones deconstructivas de la opresión y las imposiciones; así como por otro lado los «Critical legal studies», un movimiento en Estados Unidos que mediante la investigación

histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto llega su grado de compromiso con relaciones de poder y con la ideología dominante;<sup>5</sup> han permitido considerar desde esta figura académica europea-norteamericana (globalmente atendida) un fenómeno jurídico que se expresa en las más diversas poblaciones del mundo desde mucho antes de su abstracción teórica y verbalización euronoramericana, fenómeno al que independientemente de quien(es) han presentado el entrelazamiento de los términos donde se encuentran también teóricos latino e indoamericanos ha sido bautizada contemporáneamente como «pluralismo jurídico».

La importancia de esta nominación estará, entre otras cosas, en permitir que las instituciones y estructuras sociales con prácticas coloniales así como las personas y grupos colonizados mentalmente desde Occidente (occidentalizados) comprendan(mos) que el derecho no tiene una fuente o vertiente única oficializada conocida y reconocida en la figura del Estado, una figura central desde la que se ha impuesto por un par de cientos de años las normas de comportamiento, procedimiento, administración, sanción y demás, frente y sobre la gran sociedad, las comunidades y las personas haciéndose del monopolio en la producción del derecho, pues, se aprecia la necesidad de reconocer que existen otras fuentes de derecho y prácticas jurídicas «desoficializadas» que lo constituyen y transforman.

1 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2.<sup>a</sup> ed., 5.<sup>a</sup> reimp., 2005, pp. 10-13.

2 Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, p. 60.

3 Giroux, Henry, citado por Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 24.

4 Wolkmer, Antonio, *Introducción al pensamiento...*, p. 23.

5 *Ibid.*, 46.

El pluralismo jurídico implicará, entonces, referirnos a la presencia de diferentes fuentes de derecho en un espacio que les resulta común, y, por tanto, múltiples nociones y expresiones de derecho que se inciden o se afectan mutuamente, que tienen la oportunidad de coexistir, dialogar e interrelacionarse construyendo puentes de empatía y cooperación aunque, por otra parte, en varias ocasiones también pretenden o intentan mantenerse indiferentes, distantes y apartados; y en otras muchas, se enfrentan, agreden, colisionan y disputan, en especial cuando alguno(s) de ellos se autoconsidera(n) superior, principal y de vocación universal, convocando como consecuencia al resto de derechos, a manifestar distintas formas y mecanismos de aislamiento o de resistencia (pacíficas, no pacíficas, propositivas, etc.).

Óscar Correas dirá al respecto que el pluralismo jurídico da cuenta de que las relaciones sociales no se conducen conforme a un solo sistema jurídico, siendo la expresión que está poniendo en jaque a la cultura jurídica dominante y a las ideologías que hacen presa de la conciencia de los juristas, indicando que en México, por ejemplo, existe por lo menos un sistema jurídico por cada comunidad indígena, además del sistema jurídico mexicano y de su Estado, siendo este último el que dispone de mayor fuerza y va poco a poco destruyendo los otros sistemas normativos, los cuales en algunos casos han logrado subsistir y, en otros casos, poco les queda de diversidad.<sup>6</sup>

En este punto, cabe brevemente interrogarse sobre la importancia de mantener la diversidad jurídica y evitar la homogenización; paradójicamente una de las respuestas se encontrará en el sentido de la libertad, la misma palabra que ha sido evocada en tantas ocasiones para construir, deconstruir y reconstruir contextos sociales y realidades opresivas.

En la contemporaneidad, la libertad para la mercantilización de la vida amenaza precisamente otras libertades, así, por ejemplo, la libertad para crear o continuar estructuras de relación y organización social no condicionadas por el mercantilismo se ven acosadas por esta fuerza homogeneizadora.

Ahora bien, antes de aproximarnos al pluralismo jurídico de corte empresarial transnacional a partir de la ejemplificativa *Lex mercatoria*; es conveniente para mayor clarificación sobre el alcance del término «pluralismo jurídico» indicar que el mismo no se subsume ni inserta en las corrientes tradicionales de iuspositivismo ni de iusnaturalismo, ambos con pretensiones universalistas intentando construir, abstraer o preestablecer un derecho de aplicabilidad y validez en toda circunstancia; sino que se trata de un escenario de reconfirmación que permite apreciar al derecho como diverso, dinámico, perceptivo, circunstancial e inacabado, construido desde las relaciones, las comprensiones y los contextos sensomateriales.

Por otro lado, es menester indicar la presencia de diversos tipos o variaciones del pluralismo jurídico observables en el contexto actual, donde, algunos teóricos como André Hoekema distinguen, por ejemplo, la existencia de un pluralismo jurídico social y un pluralismo jurídico formal; mencionando que el formal se subdivide en unitario e igualitario.<sup>7</sup>

El pluralismo jurídico social sería aquél que se presenta cuando el derecho oficial no reconoce a los distintos ordenamientos que se presentan socialmente, mientras el pluralismo jurídico formal, se presenta cuando el derecho oficial (el Estado) reconoce la existencia de varios sistemas jurídicos; siendo formal unitario, cuando a pesar de existir un reconocimiento estatal este derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unila-

6 Correas, Óscar, *Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. 79.

7 Hoekema, André, «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario», en *El otro derecho*, Bogotá, ILSA, 2002, p. 70.

teralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho y, formal igualitario, cuando el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derechos.<sup>8</sup>

Pablo Ianello diferencia en cambio entre pluralismo jurídico fuerte y pluralismo jurídico débil, indicando que el primero es aquel que refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir, un estado empírico del derecho; mientras el segundo, es un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia como la que existió a partir de 1772 en los territorios administrados por la Compañía de Indias Orientales reconociendo las normas preexistentes que debían adaptarse a las categorías del régimen legal central.<sup>9</sup>

En este aspecto, no puede dejar brevemente de señalarse que entre las múltiples formas de concebir los alcances del pluralismo jurídico se encuentra la asociación del término a las distintas nociones de autonomía local o de gobierno local que permiten la administración de específicas circunscripciones territoriales, incluyéndose en esta forma de entender el pluralismo, ejemplos contemporáneos de descentralización y de desconcentración en sus diferentes niveles, ámbitos y posibilidades, como en el caso del derecho de algunos Estados y su relación con el derecho de las municipalidades o regiones entre los que se podría destacar varios casos europeos con mayor o menor autonomía normativa respecto al Estado central; así mismo, entre los alcances del pluralismo jurídico podría reconocerse a las relaciones de los Estados frente a una unión de países o los Estados federados respecto de la federación, observándose

la convivencia y concurrencia tanto de las normas acordadas por los Estados en, por ejemplo, un tratado interestatal o una constitución federal con las normas o derecho particular de cada uno de los Estados miembro.

Wolkmer, por su parte, a pesar de identificar también la existencia de distintos tipos de pluralismo, se dedica principalmente a analizar el que denomina pluralismo jurídico comunitario participativo, para ello parte de indicar que frente a la crisis de los valores de la vida, gobernabilidad, canales de representación, eficacia de las agencias jurisdiccionales en la resolución de conflictos, la producción legislativa, etc., nada más correcto que atribuir legitimidad a las insurgentes identidades sociales en la construcción de lo social, lo político y lo normativo; sin embargo, se plantea las interrogantes sobre si: ¿Todo movimiento social está legitimado para producir derechos?, y ¿Toda regulación comunitaria autónoma y espontánea es justa, válida y legítima?<sup>10</sup>

A las preguntas planteadas, Wolkmer responde que no toda manifestación normativa no estatal ni todo derecho ahí producido puede ser justo, válido y ético, ya que cualquier grupo puede crear reglas perversas como, por ejemplo, las minorías identificadas con el poder, la dominación, la explotación, la ambición y el egoísmo, sin embargo, lo que hay que advertir en dicha producción de normas es que provienen de grupos que no están legitimados pues, no resultan de la voluntad general, ni del interés general, ni del bien general, ni estarían dirigidas a satisfacer las necesidades humanas fundamentales, por lo que estarán desprovistos de legitimidad aquellos movimientos no identificados con acciones civiles y políticas justas del pueblo marginado, oprimido o despoja-

8 *Ibid.* pp. 70 y 71.

9 Ianello, Pablo, «Pluralismo jurídico», en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 774.

10 Wolkmer, Antonio, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Madrid, Dykinson, 2.ª ed., 2018, p. 270.

do, así como aquellos que no cuestionan la estructura de dominación.<sup>11</sup>

Entonces, según Wolkmer, parte del reto para reconocer los tipos de pluralismo jurídico que se presentan se encuentra en observar la legitimidad de sus actores y la legitimidad de sus propuestas, intereses y reivindicaciones, así mismo, se deberá diferenciar a los «antiguos» actores sociales vinculados al concepto de clase y subordinados al Estado frente a los «nuevos» actores interclasistas y de autonomía relativa, de la misma manera que a los «recientes» movimientos heterogéneos como el caso de los zapatistas, piqueros, indignados, *occupy streets*, etc.<sup>12</sup>

Dada la diversidad de ordenamientos jurídicos que con o sin reconocimiento estatal pueden actuar e incidir en las relaciones sociales se torna imperioso el análisis de las características de cada expresión plural con el propósito de identificar y evitar que aquellas expresiones jurídicas de fuentes o con proyecciones ilegítimas se trasladen a la oficialidad y rijan las interacciones globales; así entonces, efectuar un acercamiento a las características que conforman la *Lex mercatoria*, observada como un ejemplo de expresión alternativa de derecho, permitirá la identificación de la formación horizontal o vertical de esta particular expresión de pluralidad normativa.

## La Lex mercatoria como expresión de pluralismo jurídico: facetas de verticalidad

### La antigua Lex mercatoria

Antes de examinar la forma contemporánea de la *Lex mercatoria*, vale la pena recordar algunas características y contexto de creación y aplicación de la antigua *Lex mercatoria*

utilizada en el denominado por Europa, medioevo de su historia.

Podemos destacar en esta rápida remem-branza, la presencia en la antigua Grecia de una jurisdicción especial de jueces mercaderes, con un procedimiento rápido que debía terminarse en un mes y que no era susceptible de ningún recurso; a pesar de lo cual, era frecuente que los comerciantes acudieran al arbitraje control, al cual se podía recurrir antes de ir a los tribunales; sin embargo, los árbitros podían abstenerse de juzgar y requerir a las partes para que sometieran el asunto a los tribunales.<sup>13</sup>

Posteriormente, en el medioevo europeo, los llamados *societas mercatorum*, una clase social que se había dedicado al comercio, implementaron una serie de usos y costumbres profesionales que denominaron *Lex mercatoria*; esta *società* se encontraba integrada por artesanos y comerciantes, quienes se organizaron mediante corporaciones y gremios, cuyas actividades fueron avanzando a la internacionalización (comercio transfronterizo), de tal forma que las normas internas o leyes locales ya no lograban resolver sus requerimientos<sup>14</sup> ni los conflictos que se presentaban entre los diferentes agentes económicos de variadas regiones con criterios de solución distintos u opuestos.

El desarrollo propiamente de la *Lex mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI, durante la Edad Media europea, las ferias se celebraban anualmente en ambientes propicios para la producción de la *Lex mercatoria*, donde los comerciantes de distintos lugares asistían a ellas por varias semanas con el aval del rey anfitrión que permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales, con-

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, 269.

13 Guillén, Daniel, citado por Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica de la *lex mercatoria*», en *Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, vol. 13, N.º 25, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, UNMSM, 2010, p. 65.

14 Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.*, p. 66.

formándose en este ambiente un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social, siendo en principio un derecho creado por mercaderes y para mercaderes.<sup>15</sup>

La *Lex mercatoria* se plasmó por escrito a pesar de su origen consuetudinario, siendo incluso recogida por estatutos corporativos que a su vez integraron tratados interlocales y transfronterizos, relacionándose continuamente con otros sistemas legales como el feudal, eclesiástico, urbano y real; manteniendo como elementos característicos su flexibilidad, especialidad y autonomía; sin embargo, la importancia de la *Lex mercatoria* decayó en el siglo XVI por haberse tornado menos transparente, imprescindible e imparcial mientras el derecho se convertía en una herramienta de manejo exclusivo del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió la *Lex mercatoria* trasnacional.<sup>16</sup>

Alrededor de lo recordado no se puede dejar de mencionar el contexto de la época, en la cual, no toda persona o grupos de personas se encontraban en posibilidad de configurar una normatividad oficial propia, pues, para aquellos siglos, la presencia de siervos e incluso esclavos era aún parte de la cotidianidad social, considerándose inclusive a estos seres humanos como parte de las mercancías, tanto directas como adheridas a otros bienes y, por su consideración objetualizada, claramente desprovistos de la capacidad para incidir en la configuración del mismo derecho mercante, además, el pluralismo jurídico de aquel entonces en Europa debela precisamente que la posibilidad de construir derecho oficial se encontraba en los grupos que no intentaban subvertir el orden de las relaciones económico-sociales, sino el de mantener e incrementar sus cuotas de poder, con la capacidad adicionalmente de alinearse para mantener el estatus imperante y, en

otras ocasiones, para ampliar y repuntar su poder sobre el resto de actores disputantes.

Tal como sucede en la actualidad, el pluralismo jurídico permite reconocer la presencia tanto de fuentes oficiales como no oficiales de producción de derecho. Así, podemos notar que en el medioevo europeo, la oficialidad no se encontraba monopolizada en la figura del Estado, sino que eran el clero, los terratenientes y señores feudales, la monarquía o los mercaderes y comerciantes, como en este caso, los que se presentaban como fuentes oficiales de derecho, fuentes que en algunas ocasiones cooperaban, en otras se mantenían indiferentes y en otras ingresaban en disputa; resultando, por ejemplo, en cierto momento para el rey muy conveniente una *Lex mercatoria* que no colocara en riesgo su autoridad y que, entre otras cosas, le permitiera abastecerse de mercancías obteniendo incluso la posibilidad de recaudar impuestos y asegurar la lealtad de sus ejércitos mientras permitía y auspiciaba las reuniones de los comerciantes.

Así, el derecho mercantil medieval europeo reflejó las relaciones propias del momento histórico, momento en el que impera una específica noción de comercio vinculada con el afán de lucro, acumulación, expansión y competencia por el poder, inconsciente de la finitud de las fuentes materiales de vida a las que considera recursos inagotables y con pocos aspectos excluidos del ámbito de lo comercializable.

Este tipo de derecho mercantil marcará la inclinación de las futuras relaciones de comercio cuyas experiencias previas provienen de un escenario sin derechos humanos, laborales o ambientales que las estuvieran limitando o que deban considerar para poder operar, pero que además, en medio de dicha necesidad por crecer sin límites, experimentaron y experimentan como barrera y dificultad a la diversidad de sentidos y estruc-

15 Cadena Afanador, Walter René, citado por Parra Rivera, Rose Mary «Evolución histórica...», *op. cit.*, p. 65.

16 Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.* p. 67.

turas sociales no mercantiles, a partir de lo cual apuntará al desarrollo de un monismo jurídico en torno a los intereses de una clase que ha hecho fortuna a través de la opresión y apropiación y que consecuentemente deja por fuera las necesidades de los explotados mientras se concentra en regular un solo ámbito de la vida social con el ánimo de asegurar la resolución de los conflictos de interés que puedan afectar a esta forma de comercio y de comerciantes.

### *La nueva Lex mercatoria*

Luego de finalizada la llamada Segunda Guerra Mundial, los Estados especialmente afectados por la guerra buscaron mecanismos para impulsar el comercio transfronterizo e incrementar el crecimiento económico, iniciándose para ello una etapa de flexibilización del intervencionismo estatal en el comercio mundial y reconociéndoles a los empresarios la facultad de crear material jurídico al amparo de la autonomía de la voluntad.<sup>17</sup> Entonces, durante la Guerra Fría toma paulatinamente fuerza la consigna de reducir las barreras al comercio y por tanto de liberar la economía y los negocios de controles estatales, y junto a la idea de aumentar el flujo transfronterizo de bienes y servicios, el gran empresariado transnacional ve fortalecidas sus posibilidades de crear normativa propia para regir los negocios globales con lo cual se revigora la *Lex Mercatoria*.

Pero, antes de proseguir, cabe realizar una corta parada para considerar la definición contemporánea del concepto empresario, refiriéndose este término a aquella persona que se dedica habitualmente a actividades de comercialización o mercantilización de bienes, productos y servicios, e interpretándose consecuentemente que la palabra empresa po-

dría tanto aludir a la actividad propiamente a la que se dedica el empresario como también a la institución u organización encargada de ejecutar las actividades necesarias para materializar la comercialización o mercantilización de bienes, productos y servicios.

Ahora bien, el significado de la nueva *Lex mercatoria* ha sido tratado por juristas como Clive Schmitthoff y Berthold Goldman, quienes denominaron de esta manera al conjunto de normas conformadas por principios generales, codificaciones profesionales, contratos típicos y jurisprudencia arbitral.<sup>18</sup> Este término se refiere, en suma, a las normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos y el de los árbitros contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, llegando incluso a definirse la *Lex mercatoria* como la transnacionalización del derecho comercial que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales,<sup>19</sup> teniendo consecuentemente una reducida capacidad de incidencia en la configuración del mismo los pequeños y medianos empresarios o comerciantes; y quedando claramente excluidos los comerciantes que no operan a nivel transfronterizo.

Es necesario, por tanto, referirnos a lo que se comprende por empresa transnacional dada su participación como principal sujeto de producción de la *Lex mercatoria*. Raúl Trajtenberg indica de manera resumida que las empresas transnacionales son aquellas que producen en más de un país; no obstante, al analizarlas menciona que entre sus atributos se encuentra el gran tamaño o volumen de sus operaciones, la separación de la propiedad y el control, el comportamiento oligopólico, la constitución

17 Montero Castro, Karen, «Las nuevas fuentes de la lex mercatoria», en *Revista Judicial*, Costa Rica, 2012, p. 160.

18 Tovar, María del Carmen, citada por Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica...», *op. cit.* p. 63.

19 *Ibid.*, 155.

de grupos económicos, entre otros; recordando además, que otro término que suele usarse como sinónimo es el de empresas multinacionales, discutiéndose en realidad que posean el mismo alcance y advirtiéndose también que durante un tiempo se llamó multinacionales exclusivamente a las empresas de propiedad conjunta entre varios Estados como el producto del acuerdo entre gobiernos.<sup>20</sup>

Entre los alcances de la expresión «empresas transnacionales» se considerará que el término irá referido a la empresa o grupo de empresas que a partir de su sede matriz implantan en el extranjero filiales e inversiones directas,<sup>21-22</sup> así como también se entenderá que independientemente de ser públicas, privadas, mixtas o de otra naturaleza entre sus diversas formas de organizar el trabajo interno y la administración de su capital, estas empresas pueden utilizar uno o más centros de decisión, al cual están ligadas por vínculos de propiedad u otros, de tal manera que una o más de ellas pueden ejercer una influencia significativa sobre las actividades de otras.<sup>23</sup>

Estas empresas transnacionales, entre las múltiples formas de gestionar reglas propias, no tendrán únicamente a los acuerdos y pactos entre empresas así como sus contratos, sino también la asociación y conformación de organismos de representación como

las cámaras de comercio y variadas formas de instituir e institucionalizar sus intereses, llegando incluso a conformar fondos para el financiamiento de proyectos e investigación en sus ámbitos de interés cuyos resultados de dudosa independencia se utilizan en las mismas incidencias normativas.

Con las especificaciones antes referidas, entendiendo entonces que los principales legisladores de la nueva o moderna *Lex mercatoria* son las empresas transnacionales, es decir, un grupo élite y selecto de empresas que por definición manejan grandes capitales<sup>24</sup> con los que se encuentran en capacidad de hacer negocios transfronterizos con importantes cantidades de mercadería y dotación de servicios, creando y construyendo sus propias reglas en y para el comercio global, con gran apartamiento de las normas estatales y, sin embargo, con potentes efectos comerciales y no comerciales para los Estados, su jurisprudencia y el marco jurídico, así como para el resto de empresas y emprendimientos afectando sus prácticas y nociones de comercio; se confirma la *Lex mercatoria* como una expresión de derecho extraoficial que no está forjada por empresas y empresarios en su generalidad, sino una subclase de alto rango empresarial, y como fiel imitadora de la anti-

20 *Ibid.*, 3, 12, 13, 14 y 15.

21 Centro de Naciones Unidas sobre las Corporaciones Transnacionales, en *Marco jurídico para las empresas transnacionales*, Comisión de Derechos Humanos, 2002. [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/\\$FILE/G0214347.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/$FILE/G0214347.doc)

22 Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL), «Empresas transnacionales y derechos humanos», 2012. <http://omal.info/spip.php?article5539>

23 Oficina Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 2.<sup>a</sup> ed., Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 1991. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>

24 Existen cientos de casos de empresas transnacionales que en 2017 reportan ingresos por más de 10.000 millones de dólares con ganancias que superan con facilidad el 20 y 30% de dicha cifra, que además resultan ser cifras bajas comparadas con las empresas más grandes del mundo en los diferentes sectores de negocio en que operan. Se debe también considerar que las empresas suelen manejar muchas otras cifras como capitalizaciones en bolsa, activos tangibles e intangibles, inversiones especulativas, monedas virtuales, fondos en paraísos fiscales, ingeniería financiera, etc., integradas a un constante movimiento de capitales en multiplicidad de figuras poco claras que dificultan identificar su posición global debiendo considerarse que en gran parte de las ocasiones las marcas no coinciden con el nombre de la compañía anónima y que incluso pueden variar de Estado a Estado.

gua *Lex mercatoria* aunque en un contexto de derechos diferente, sin la participación plena de la sociedad y su diversidad, o por lo menos de los sujetos que resultan involucrados y afectados en la ejecución de la norma y la expresión de sus fuentes.

Pese a que el contexto espacio temporal de derechos es diferente, la antigua y la nueva *Lex mercatoria* parecen compartir el mismo criterio de formulación, convirtiéndose como muchas otras formas del derecho moderno en una expresión normativa de segmentación de la realidad, aunque en este caso con un particular efecto global. En esta segmentación, no solo se observa desatendida la integralidad de la realidad, sino que ubica en el centro y como cuasi único bien jurídico protegido a la voluntad de las partes en las relaciones privadas de comercio y, por tanto, en la defensa del interés económico empresarial, sin que a ello le acompañen otros criterios materiales como los de tipo socio-ambiental o el justo interés de terceros que bien podrían resultar afectados implícitamente en la voluntad de las partes.

Ahora bien, al revisar la participación de la clase empresarial dentro del debate jurídico especialmente estatal, resalta globalmente el mensaje de que no se puede dudar sobre las ventajas y beneficios del incremento comercial cuantitativo según el cual un amplio y hasta general desarrollo para los pueblos y las sociedades se deriva del comercio, reconociéndose pocos, si no ningún efecto negativo para la sociedad, los Estados, las colectividades o la naturaleza.

Este mensaje en favor del exponencial e infinito aumento comercial se ha utilizado también para defender la garantía de total

libertad en el desarrollo de negocios y acuerdos mercantiles con el propósito de que los empresarios queden liberados de cualquier forma de control, ya que en palabras de los promotores del neoliberalismo: el desarrollo empresarial es también desarrollo laboral, ambiental, cultural y social. Este mismo discurso animoso y alentador para el incremento del comercio promovido por las escuelas de negocio, los Estados y las empresas presenta la necesidad de cuestionar la «naturaleza» de la *Lex mercatoria* para evitar perder de vista el deber que el empresariado tiene con la sociedad ya que no opera aislado de ella, sino que su actividad se desarrolla y subsiste en relación con ésta.

Entre los rasgos más llamativos respecto de la nueva o moderna *Lex mercatoria*, se encuentran los señalados por Redfern y Hunter, quienes indican algunas categorías de problemas que ésta presenta como: el no existir consenso en cuanto a sus fuentes, no encontrarse claro el criterio de cuándo será aplicada y la dificultad para precisar su contenido, ya que solo puede precisarse por algunas máximas que sirven de guía para quienes pretenden resolver conflictos comerciales; esto sin negar por parte de los autores el impacto que la *Lex mercatoria* ha tenido especialmente a través de los tribunales de arbitraje y cuyas decisiones han trascendido fronteras,<sup>25-26</sup> así como el uso y reconocimiento que se le ha dado al difuso contenido de la *Lex mercatoria* y la jurisprudencia arbitral tanto en múltiples tribunales y normativas estatales como a través de organismos interestatales.

En efecto, la nueva *Lex mercatoria* no se ha visto hasta el momento realmente unificada en un único cuerpo normativo y de poca

25 Redfern y Hunter, citados por Moreno Rodríguez, José Antonio «La nueva 'Lex mercatoria': ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?», en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Paraguay, 2003. [http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil\\_7680752a7fa0404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fa0404ce0430a010151404c)

26 López, Francisco también señala que la *Lex mercatoria* es un conjunto normativo disperso, López Ruiz, Francisco, «El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, 2010, p. 69.

volubilidad, sino que más bien corresponde a recopilaciones en gran parte gestionadas por diferentes firmas y consorcios de abogados contratados y reconocidos por las mismas empresas transnacionales los que han ido comparando y compilando laudos arbitrales, identificando usos frecuentes, formulando principios comunes, construyendo acuerdos empresariales, formando organismos de empresarios, entre otras acciones; resultando así en buena parte falso el discurso de seguridad que se ha presentado alrededor del uso de la *Lex mercatoria*.

Resulta sugestivo entonces que la nueva *Lex mercatoria* posea capacidad de influencia global pese a desmarcarse del enfoque legislativo clásico, es decir, pese a contar con un legislador difuso conformado especialmente por algunos árbitros expresamente seleccionados, unos cuantos fuertes consorcios jurídicos, y principalmente la voluntad empresarial que se manifiesta en los acuerdos élite dentro de diferentes sectores de comercio y, sin embargo, a pesar de esta «variedad» de actores se yergue como una norma de uso planetario fortalecida en la conjunción de intereses en torno a la consolidación de un criptoblindaje para las decisiones de comercio que toman sus árbitros; logrando la expansión del comercio transnacional y la reducción de las posibilidades de control, revisión o anulación por parte del poder estatal y social.

Si bien es cierto, algunos juristas consideran que entre las fuentes principales de la nueva *Lex mercatoria* están los usos profesionales, los contratos tipos, las regulaciones dictadas en el marco de cada profesión y la jurisprudencia arbitral<sup>27</sup> toparemos principalmente a continuación la importancia para la nueva *Lex mercatoria* de los árbitros y el reconocimiento del derecho oficial a esta expresión de pluralismo que, como se ha observado en la aproximación a algunas de sus fa-

cetas actuales, se elabora con una gran carga de verticalidad que se forma esencialmente desde el poder económico o plutocrático.

De la no oficialidad o informalidad a la oficialidad o formalización de la nueva *Lex mercatoria*

Tal como se indicó anteriormente, existen fuentes de producción del derecho tanto oficiales como no oficiales y, consecuentemente, normas oficiales y normas no oficiales e, incluso, en ciertos casos podemos referirnos a normas extraoficiales producidas por fuentes que sin encontrarse en una oficialidad plena funcionan con un ambiguo reconocimiento por parte de la oficialidad. Estos tipos de fuentes y sus normas en algunas ocasiones cooperan, en otras se mantienen indiferentes, y en otras ingresan en disputa, pudiendo precisamente entre las posibilidades de cooperación presentarse casos de pluralismos jurídicos compatibles con el poder hegemónico que buscan ser parte de dicho poder o que apartan, al menos temporalmente, pero con afán de expansión, un ámbito del poder normativo oficial para su control y beneficio, no significando que ésta sea la única forma de manifestación del pluralismo cooperativo.

Precisamente, como parte de la gran tendencia global de unificar el derecho comercial transfronterizo para facilitar los negocios de la sociedad de empresarios transnacionales y cuya consecuencia ha sido el incremento de ganancias con mínimas e incluso sin limitaciones por parte de otras materias y ámbitos del derecho y la realidad, se han generado dos líneas de acción para nada incompatibles ni en disputa, sino más bien complementarias y de objetivos comunes. Por un lado, los esfuerzos de uniformización o por lo menos armonización del derecho mercantil transfronterizo a través de organismos intergubernamentales mediante instrumentos jurídicos de tipo interestatal y, por otro lado, la auto-

27 Beguin, Jaques, citado por Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros», en *Lima Arbitration*, N.º 2, 2007, p. 108.

rregulación propiamente de los operadores económicos transnacionales a través en este caso de la *Lex mercatoria*.

Distinto a lo que pensaban varios juristas respecto a que la *Lex mercatoria*, como una norma extraoficial, resulta poco o nada exigible o aplicable en los Estados, este tipo de pluralismo estratégicamente no solo que ha ido transitando desde la no oficialidad hacia la extraoficialidad y posteriormente hacia la oficialidad, sino que además ha conservado su capacidad para desarrollarse autónomamente mientras es aplicada oficialmente; así, por ejemplo, si un árbitro que las mismas empresas han convenido y elegido aplica la *Lex mercatoria*, esto será difícilmente objetable en Estados cuyas normas de ejecución de fallos arbitrales no autoricen la revisión del fondo del laudo, en especial en los Estados que hayan suscrito la Convención de Nueva York de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras<sup>28</sup> del que forman parte alrededor de 159 Estados en el mundo.<sup>29</sup>

Así también, la *Lex mercatoria* se ha convertido en un modelo para la producción tanto de leyes internas como de instrumentos internacionales, aspecto en el que no puede dejar de tenerse en cuenta la existencia de países que permiten y aceptan el *lobby* empresarial, como en el caso de los Estados Unidos, y otros donde dicha práctica se encuentra prohibida, práctica que además a diferentes niveles y con múltiples variaciones se emplea en las sesiones y rondas de una variada gama de organismos interestatales que producen tanto instrumentos jurídicos obligatorios como opcionales o facultativos, resaltándose

incluso la creación y contundente presencia de varias organizaciones empresariales de importante financiamiento que se encargan de representar los intereses de las empresas ante los diferentes foros y organismos intergubernamentales como la Cámara de Comercio Internacional.<sup>30-31</sup>

Ahora bien, entre los principales organismos intergubernamentales que tienen por propósito uniformizar o en otros casos armonizar las normas de comercio utilizando para ello un enfoque propio de la modernidad (llamándola proceso de modernización) que permita consolidar un derecho mercantil o comercial global se encuentra la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), los cuales han admitido tanto explícita como implícitamente la validez y aplicabilidad de los principios y reglas creados por el empresariado transnacional acogiendo e incorporando muchos de sus acuerdos, normas y modelos en sus instrumentos interestatales, además de otras formas en que han manifestado reconocimiento, así, por ejemplo, en el caso de los principios de UNIDROIT. En la declaración de los propósitos de los principios se manifiesta que para los contratos mercantiles transfronterizos «estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *Lex mercatoria* o expresiones semejantes [...]» y tal como su propio contenido lo expone este

28 Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria*...», *op. cit.*, p. 120.

29 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, CNUDMI, 1958. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

30 Cámara de Comercio Internacional, portal web oficial de España. <http://www.iccspain.org/comercio-internacional/>

31 La Cámara de Comercio Internacional no solamente es un imponente portavoz de la sociedad empresarial ante los organismos internacionales y gobiernos, dotada de gran fortaleza por los miembros que la conforman, sino que, entre otras cosas, es uno de los centros más importantes de arbitraje del derecho internacional privado, convirtiéndose en gran medida, tanto en productor de normas como de fallos.

instrumento puede servir como modelo para las legislaciones nacionales (estatales) e internacionales (interestatales).

De esta forma, múltiples Estados se han ido incorporando a través de sus gobiernos en la suscripción y ratificación de instrumentos interestatales en los que reconocen validez y exigibilidad de las decisiones de laudos arbitrales que hagan uso de la *Lex mercatoria*, e incluso existen ejemplos de artículos introducidos en variados instrumentos interestatales que sin la necesidad de evocar explícitamente a la *Lex mercatoria* la incluyen implícitamente como en el caso de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, llamada Convención de México o CIDACI, misma que en su artículo 9 respecto a las normas que puede aplicar un tribunal cuando las partes no han elegido un derecho aplicable indica que el tribunal «[...] tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales [...]» pudiendo por tanto entenderse que los tribunales podrían hacer uso y llegar a exigirseles la aplicación de la difusa *Lex mercatoria*.

Pero además, en casos como el argentino, en el que en su momento expidió leyes como la 22.765 sobre compraventa internacional de mercaderías con la que se hizo parte de su legislación interna a la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o la Ley 21.305 en que se reconocía la jurisdicción y cumplimiento de fallos extranjeros, se puede corroborar que la líneas de acción mencionadas son complementarias y apuntan a la consolidación de objetivos comunes permitiendo que la nueva *Lex mercatoria* transite de la no oficialidad a la oficialidad e impregne a la última una importante carga ideológica que beneficia a aquel comercio cuyas normas se construyen en un ambiente de verticalidad plutocrático en la que se consagra la voluntad de las partes por sobre el ordenamiento jurídico de los Estados y el resto de expresiones de pluralismo.

## Conclusiones

No todo grupo social con reglas propias incrementa la convivencia normativa de diversidad, resultando cuestionable el reconocimiento y oficialización del derecho generado por estos grupos cuando sus reglas no afectan únicamente a sus miembros, sino que posee efectos directos o colaterales adversos para otros sujetos diversos o los entornos en que cohabitan, pues, su propia oficialización implica la puesta en riesgo de los otros pluralismos que no son atentatorios a la conservación y desarrollo sostenible de la diversidad.

El pluralismo jurídico vertical, y además plutocrático, en lugar de construir diversidad genera homogenización, y en este caso la *Lex mercatoria*, como un ejemplo del mismo, desde la posición de considerable ventaja de sus gestores, homogeniza las nociones, concepciones y prácticas sobre el comercio; siendo una expresión en principio y temporalmente de pluralidad, pero que va transitando hacia el posicionamiento de ordenamiento preminente, global y universalista que segmenta la realidad apreciando y exaltando solamente la noción de libre mercantilización de la vida, generando un reduccionismo del sentido y la comprensión de la libertad así como la jerarquización de la voluntad de una élite de los *societas mercatorum* sobre el resto de derechos y grupos sociales que plantean una convivencia no uniformizante y mutuamente respetuosa.

Los gobiernos, a los que la doctrina moderna entiende como custodios del interés social, son utilizados para la legitimación de la voluntad que ha ido acordando esta élite del empresariado transnacional; sin embargo, bajo estricto criterio de democracia directa no delegativa y de constante autorización la *Lex mercatoria* no refleja legitimidad plena, y tampoco es resultado de consenso con las poblaciones locales.

-La *Lex mercatoria*, a pesar de ser resultado del pensamiento occidental conti-

núa trabajando la realidad global como si no se hubieran producido cambios históricos en otras áreas y materias del derecho de corte también occidental, asumiendo el momento de producción normativa como un *continuum* en el que pareciera no existir derechos humanos, laborales, ambientales y demás, es decir, como si la historia de la Edad Media europea no hubiera cambiado para esta élite empresarial o como si los cambios producidos no afectarían las reglas del comercio transfronterizo en el que solo se debe según la tradición observar la voluntad de las partes.

-La *Lex mercatoria* es un derecho creado solamente para proteger a la sociedad de comerciantes empresariales transnacionales como una clase social y no como grupo autosuficiente e independiente, considerándose un derecho que está consolidando una noción deslocalizada y plutocrática sobre la justicia.

## REFERENCIAS

- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2.ª ed., 5.ª reimp., Bogotá, Temis, 2005.
- Castro Montero, Karen, «Las nuevas fuentes de la Lex Mercatoria», *Revista Judicial*, Costa Rica, 2012.
- Cámara de Comercio Internacional, Portal web oficial de España. <http://www.iccpain.org/comercio-internacional/>
- Centro de Naciones Unidas sobre las Corporaciones Transnacionales, *Marco jurídico para las empresas transnacionales*, Comisión de Derechos Humanos, 2002. [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/\\$file/G0214347.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fc9966a641705b0bc1256c050059be80/$file/G0214347.doc)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, cnudmi, 1958. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/nyConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/nyConvention_status.html)
- Correas, Óscar, *Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, 2010.
- Hoekema, André, «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario», *El Otro Derecho*, Bogotá, ilsa, 2002.
- Ianello, Pablo, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, 2015.
- López Ruiz, Francisco, «El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la lex mercatoria», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, 2010.
- Moreno Rodríguez, José Antonio, «El debate sobre el derecho no estatal y la *Lex mercatoria*», *Forseti revista de derecho*. Paraguay, 2014. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-el-debate-sobre-el-derecho-no-estatal-y-la-lex-mercatoria.pdf>
- Moreno Rodríguez, José Antonio, «La nueva 'Lex Mercatoria': ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?», en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Paraguay 2003. [http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil\\_7680752a7fa0404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fa0404ce0430a010151404c)
- Observatorio de Multinacionales en América Latina (omal), *Empresas transnacionales y derechos humanos*, 2012. <http://omal.info/spip.php?article5539>
- Oficina Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 1991. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/normativeinstrument/kd00121es.pdf>
- Parra Rivera, Rose Mary, «Evolución histórica de la *Lex mercatoria*», *Revista Gestión en el Tercer Milenio*, vol. 13, n.º 25, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010.

Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ilsa, 2009.

Tovar Gil, María del Carmen, «Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros», *Lima Arbitration*, n.º 2, Lima, 2007.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ilsa, 2003.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.

# El medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas. Especial referencia al derecho español

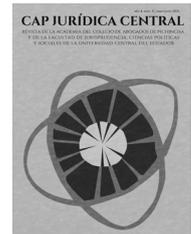
*The media comisive «abuse of a situation of vulnerability» in the crime of human trafficking.  
Special reference to criminal law in Spain*

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Universidad de Deusto (España)

demelsa.benito@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8836-5930>



Recibido:  
13/11/2020

Aceptado:  
20/12/2020

## Resumen

Este artículo analiza uno de los medios comisivos que definen el delito de trata de personas en la normativa supranacional: el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima. Esta expresión, no exenta de polémica, se incluyó inicialmente en la definición del Protocolo de Palermo contra la trata de personas para facilitar la ratificación de dicho instrumento por parte de países con posiciones jurídicas muy diversas en torno al ejercicio de la prostitución. Una interpretación amplia de dicha expresión supondría una notable extensión del ámbito de lo punible, por lo que aquí se propone una interpretación restrictiva que equipare este medio comisivo con los medios violentos o fraudulentos en los que no se duda de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.

## Palabras clave

Abuso de situación de vulnerabilidad, código penal español, consentimiento, trata abusiva, trata de personas.

## Abstract

This paper analyses one of the means to carry out the conduct of human trafficking as provided by the international legal documents: the abuse of a position of vulnerability of the victim. This controversial expression was initially included in the definition of the crime of the Palermo Protocol against human trafficking to facilitate the ratification of the Protocol by countries with very different legal positions regarding the exercise of prostitution. A broad interpretation of this expression would entail a notable extension of punishable conducts. This is why this paper proposes a restrictive interpretation that equates this means

with violent or fraudulent means in which there is no doubt about the absence of consent of the victim.

## Keywords

Abuse of a position of vulnerability, Spanish criminal code, consent, abusive human trafficking, trafficking in persons

## Introducción

Este artículo analiza uno de los medios comisivos que definen el delito de trata de seres humanos en los instrumentos supranacionales en la materia y en el Código Penal español,<sup>1</sup> a saber, el «abuso de una situación de vulnerabilidad» en la que se encuentra la víctima. Este medio comisivo se equipara a otros como la violencia, la intimidación o el engaño, pero ha despertado mayor polémica que los anteriores, en los que no cabe duda de que la víctima no da su consentimiento a ser tratada, esto es, captada, trasladada, intercambiada, etc. La expresión aquí objeto de estudio es difícil de interpretar, razón por la cual los instrumentos legales de referencia en esta materia han intentado definirla, aunque sin mucho éxito. Tanto la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, como el Informe explicativo del Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE optan por definiciones redundantes que no arrojan mucha luz al respecto. Ésta es la razón por la cual se han elaborado otros documentos, no legalmente vinculantes, que tratan de apoyar a los Estados en la labor de interpretación de la referida expresión por parte de sus jueces y tribunales.

El documento de Naciones Unidas del año 2013 titulado *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, es el que representa el mayor avance en lo que a

la definición del medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» respecta. También quienes han estudiado la materia se han pronunciado sobre la interpretación de la referida expresión. Aun así, sigue siendo complejo su entendimiento, como lo prueba, para el caso español, el hecho de que la jurisprudencia apenas se refiera a este medio comisivo en sus sentencias sobre el delito de trata de personas.

Este trabajo se estructura del siguiente modo. En el epígrafe 2 se aborda el concepto de trata de personas a la luz de la normativa supranacional de referencia, y en el epígrafe 3 se analiza la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» de la víctima de acuerdo con la referida normativa. El epígrafe 4 se dedica al estudio de esta expresión en el derecho español, fundamentalmente a través de un análisis jurisprudencial. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones con una propuesta de interpretación de la expresión aquí objeto de análisis.

El concepto de *trata de personas* en la normativa supranacional y su traslación al Código Penal español

El concepto de trata de seres humanos ha ido evolucionando a lo largo de la historia. En su origen, este fenómeno se vinculó con la esclavitud y la trata de esclavos. Tras la abolición oficial de estas prácticas, el concepto de trata comenzó a relacionarse con la

1 Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018-095155-A-C22), así como del proyecto de investigación «Alternativas de justicia social ante el derecho penal de exclusión», financiado por Aristos Campus Mundus para los años 2019-2020 (Resolución ACM/R/2019, de 29 de marzo de 2019).

trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Ya en el nuevo milenio, con la adopción del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*,<sup>2</sup> que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo), emerge el significado contemporáneo de la trata, entendiéndose como un fenómeno multidisciplinar que puede afectar tanto a mujeres como a hombres, mayores y menores de edad, y que puede tener como finalidad cualquier forma de explotación de las personas, no únicamente la explotación sexual.

En el ámbito internacional, el artículo 3 del Protocolo de Palermo define la trata de personas como:

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

El mismo precepto matiza que la explotación incluirá, como mínimo, «la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». Asimismo, se realizan otras dos precisiones más. Por un lado, el precepto determina que el consentimiento dado por la

víctima de la trata no se tendrá en consideración cuando se haya recurrido a alguno de los medios comisivos. Por otro lado, señala que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de una persona menor de dieciocho años con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se emplee alguno de los medios referidos, en tanto que se entiende que los menores de edad son *per se* vulnerables.<sup>3</sup>

El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, adoptado bajo los auspicios del Consejo de Europa en 2005<sup>4</sup> (en adelante, Convenio de Varsovia), define la trata de seres humanos en su artículo 4 de manera muy similar al instrumento de Naciones Unidas:

[E]l reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación y la explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

En la Unión Europea, el primer instrumento vinculante en la materia fue la Decisión Marco 2002/629/JAI,<sup>5</sup> hoy reemplazada por la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos

2 Naciones Unidas, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

3 López Rodríguez, J. y Benito Sánchez, D., «El fenómeno de la trata de menores de edad en los instrumentos jurídicos internacionales: avances y retos pendientes», en *iQual: revista de género e igualdad*, n.º 2, 2019, *passim*; Mier Hernández, A. y Rodríguez-Argüelles, S., «La trata de niños y niñas: estado de la situación actual», en *Nova et Vetera*, vol. 20, n.º 64, 2011, *passim*.

4 Consejo de Europa, Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de febrero de 2008.

5 Unión Europea, Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, DOUE L 203, de 1 de agosto de 2002 (derogada).

y a la protección de las víctimas,<sup>6</sup> en cuyo artículo 2 se ofrece también una definición similar a las anteriores:

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

Asimismo, a los efectos de la Directiva, «la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos» (artículo 2.3). A este respecto, resulta oportuno señalar que en la exposición de motivos se mencionan otras formas de explotación como la adopción ilegal y los matrimonios forzados (considerando II).

Tomando como referencia estas definiciones, se puede colegir que la trata de seres humanos se compone de tres elementos principales, a saber: la conducta realizada, los medios empleados y la finalidad perseguida, como se puede observar en la tabla. A modo de excepción, la trata de menores de

edad, según lo indicado, solamente se define por dos de estos elementos: la conducta y la finalidad (ver Tabla 1).

En primer lugar, la conducta comprende las actividades de captación, transporte, traslado, recogida y recepción de la víctima, así como la transferencia de control sobre la misma. En esencia, la conducta describe la trata de personas como un proceso en el que la víctima siempre está controlada por el tratante.<sup>7</sup>

En segundo lugar, la trata de personas mayores de edad requiere el empleo de determinados medios comisivos, y así se puede distinguir entre modalidades de trata violenta (violencia, intimidación, coerción), fraudulentas (engaño) o abusivas (abuso de una situación de poder o de vulnerabilidad). Lo que tienen en común estos medios comisivos es que anulan la voluntad de la víctima, de modo que incluso un posible consentimiento estaría viciado y no sería válido.<sup>8</sup> El consentimiento se configura así como eje central del delito de trata de personas y permite distinguirlo de otras modalidades delictivas como el tráfico de migrantes.<sup>9</sup>

En tercer lugar, para calificar una conducta como trata de personas, se necesita que en el autor esté presente un determinado propósito o finalidad, a saber, la explotación de la víctima. Las modalidades de explotación son varias, y de acuerdo con la normativa supranacional de referencia, el término explotación debe interpretarse en sentido amplio.<sup>10</sup> Pre-

6 Unión Europea, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOUE L 101, de 15 de abril de 2011.

7 Lloria García, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 377; Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 1253.

8 Moya Guillem, C., «Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales», en *Política criminal*, vol. 11, N.º 22, 2016, p. 536; Sánchez Domingo, M. B. «Trata de seres humanos y trabajos forzados», en *Revista Penal*, N.º 45, 2020, pp. 185-186.

9 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 386.

10 Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata de seres humanos en los tribunales de justicia de la Comunidad Autónoma Vasca», en *IgualdadES*, N.º 2, 2020, p. 71.

**Tabla I.** Elementos de la definición de trata de seres humanos en la legislación supranacional

	PROTOCOLO DE PALERMO	CONVENIO DE VARSOVIA	DIRECTIVA UE
	ART. 3	ART. 4	ART. 2
Conductas	Captación, transporte, traslado, acogida, recepción de personas	=	= intercambio o la transferencia de control sobre estas personas.
Medios	Amenaza, uso de fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.	=	=
Finalidades	Como mínimo, explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.	=	= mendicidad, explotación para realizar actividades delictivas .

cisamente, los textos citados recurren a listas abiertas en las que enumeran solo las formas más graves de explotación, pudiendo los Estados incorporar otras a sus ordenamientos jurídicos.<sup>11</sup> En la legislación española, por el contrario, el artículo 177 bis del Código Penal, que tipifica el delito de trata de personas, incluye una lista cerrada de modalidades de explotación. Los documentos supranacionales se refieren, por ejemplo, a la explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas, los trabajos forzados, la mendicidad, la extracción de órganos, la explotación en la realización de actividades delictivas o el matrimonio forzado. La finalidad siempre debe estar presente en el dolo del autor, aunque no llegue realmente a materializarse.<sup>12</sup> Si efectivamente tiene lugar la

explotación de la víctima, procederá el castigo por el correspondiente concurso entre el delito de trata de personas y el delito que constituya la propia explotación (ej. delito de ejercicio coactivo de la prostitución o delito de matrimonio forzado).<sup>13</sup>

En el Código Penal español, el delito de trata de personas no se incorporó de manera autónoma hasta el año 2010. Fue la Ley Orgánica 5/2010<sup>14</sup> la encargada de tipificar este delito de manera similar a como lo indica la normativa supranacional de referencia. Con anterioridad, el texto punitivo español albergaba algunas conductas de trata de personas, pero exclusivamente vinculadas al tráfico ilícito de migrantes y a la explotación sexual. El precepto que se incorporó en el año 2010

11 Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2007, p. xii.

12 Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud...», *op. cit.*, p. 1253; Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121, 2017, pp. 112 y 122; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 185; Vázquez Iruzubietta, C., *Comentarios al Código Penal (actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 437.

13 Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 85; Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado, y los de trata de seres humanos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, p. 426; Guisasaola Lerma, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 197.

14 España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

fue modificado poco tiempo después. La Ley Orgánica 1/2015<sup>15</sup> dio así cumplimiento a la Directiva 2011/36/UE e introdujo mejoras técnicas en la redacción del precepto,<sup>16</sup> el artículo 177 bis, cuya redacción actual es la siguiente:

Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

### La expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en los instrumentos supranacionales contra la trata de personas

Los tres instrumentos supranacionales contra la trata de personas mencionan el abuso de una situación de vulnerabilidad como uno de los medios comisivos del delito, dando lugar a lo que se denomina la *trata abusiva*. Bien

en el articulado de cada instrumento, bien en sus documentos interpretativos, se ofrece una definición de la referida expresión. La sola existencia de este tipo de aclaraciones respecto de la expresión objeto de estudio es una clara muestra de la complejidad existente en torno a la misma. El Protocolo de Palermo no contiene en su articulado una interpretación auténtica de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad», aunque sí se abordó el tema en los *travaux préparatoires* y en las notas interpretativas, y así lo recogió posteriormente la Guía legislativa del Protocolo. Según dicha Guía, por tal se ha de entender «toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata».<sup>17</sup> Como se observa, es una definición redundante y que aporta poca luz sobre el significado de la expresión. Además, la definición no se refiere propiamente al medio comisivo, el *abuso*, sino que se limita a la situación de vulnerabilidad.

En el ámbito de la Unión Europea, la ya mencionada Decisión Marco 2002/629/JAI, antecedente de la Directiva 2011/36/UE, ofrecía una definición similar en su art. 1.c), que es la que toma el art. 2.2 de la Directiva 2011/36/UE: «Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso». Como se puede observar, la definición es casi idéntica a la de Naciones Unidas, aunque hay una notable diferencia: la conjunción utilizada en la ex-

15 España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo 2015.

16 Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica...», *op. cit.*, p. 423; Gómez López, M. A. y Muñoz Sánchez, E., «Algunas cuestiones...», *op. cit.*, p. 227; Guisasaola Lerma, C., «Formas contemporáneas...», *op. cit.*, p. 189; Lloria García, P., «El delito de trata ...», *op. cit.*, p. 363; Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, p. 103; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 177; Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, E. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 451.

17 Naciones Unidas, *Guía legislativa para la aplicación del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, Nueva York, UNODC, 2004, p. 271.

presión «alternativa real o aceptable», que indica que bastaría con que se diera uno de los elementos, mientras que en la definición de la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, la conjunción empleada («ni») indica que deben satisfacerse los dos elementos.<sup>18</sup> La definición de la Directiva tampoco es particularmente aclaratoria, y adolece del mismo defecto que la contenida en la Guía legislativa del Protocolo de Palermo: ignora que lo determinante para la constatación de un delito de trata de seres humanos no es la situación de vulnerabilidad en la que se encuentre una persona, sino el abuso o aprovechamiento de dicha situación por parte del autor. Por otro lado, en los considerandos de la Directiva se mencionan factores que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar la vulnerabilidad, como el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad, y en todo caso, la minoría de edad, debiendo entenderse que los menores son siempre «personas especialmente vulnerables» (considerando N.º 12). Los considerandos de la Directiva no hacen referencia explícita, sin embargo, a la necesidad económica en la que puede encontrarse una persona.

El Convenio del Consejo de Europa no ofrece una definición de la expresión objeto de estudio en su articulado, pero sí lo hace su *Explanatory report*, según el cual hay abuso de una situación de vulnerabilidad cuando la persona implicada no tiene alternativa real y aceptable que someter a abuso.<sup>19</sup> Precisamente, el Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa es el único documento

supranacional que entra un poco más en la definición de la expresión aquí objeto de análisis. El mismo concreta que la vulnerabilidad puede ser de cualquier clase, a saber, «física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica». Se incluye, a modo de ejemplo, «la inseguridad o legalidad del estatus administrativo de la víctima, la dependencia económica y la salud débil»,<sup>20</sup> es decir, «cualquier estado de adversidad en el que un ser humano es obligado a aceptar su explotación».<sup>21</sup> Seguidamente se menciona, como medio comisivo del delito de trata de personas, «el abuso de la inseguridad económica o pobreza de un adulto que espera mejorar su suerte y la de su familia».<sup>22</sup> En todo caso, como puede apreciarse, también este instrumento olvida que lo relevante del medio comisivo es el *abuso* de la situación y no la situación en sí misma.

En definitiva, las definiciones que aporta la normativa supranacional distan de ser clarificadoras. De hecho, no son más que una simple redundancia. No es por eso de extrañar que se haya seguido indagando sobre la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad». En concreto, Naciones Unidas, tiempo después de la adopción del Protocolo de Palermo, elaboró toda una serie de documentos que pretenden ayudar a precisar el significado de la expresión.<sup>23</sup> Los primeros documentos se centraron únicamente en el análisis del concepto de «vulnerabilidad» pero no en la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad», como medio comisivo del delito de trata de personas. Es decir,

18 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013, p. 18.

19 Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being*, Varsovia, 2005, párr. 83.

20 Consejo de Europa, *Explanatory report...*, *op. cit.*, párr. 83.

21 *Ibid.*, párr. 83.

22 *Ibid.*, párr. 84.

23 Entre ellos, Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC; Naciones Unidas, *An Introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action*, Nueva York, UNODC, 2008; Naciones Unidas, *Manual sobre*

prestaron atención a la vulnerabilidad como susceptibilidad a la trata, olvidándose de que para que se determine la existencia de este delito no solo es necesario que exista una persona en una situación de vulnerabilidad, sino que, además, el autor debe conocerlo y aprovecharse de ello para proceder a su captación, transporte, traslado, etc.<sup>24</sup>

El concepto de vulnerabilidad es ciertamente complejo. Se usa con habitualidad en multitud de contextos, cada día más,<sup>25</sup> pero su significado no está claro. Lo paradójico del término radica en que es universal y particular a la vez.<sup>26</sup> Todas las personas somos vulnerables ante determinadas circunstancias adversas, pero evidentemente unas personas son más vulnerables que otras.<sup>27</sup> En su faceta universal, la centralidad del término en la mayoría de las definiciones gira en torno al daño y al sufrimiento, y en su faceta individual, dependiendo de las relaciones económicas e institucionales de cada individuo, cada uno experimenta

una vulnerabilidad única.<sup>28</sup> Tradicionalmente, se han entendido que la vulnerabilidad tiene dos dimensiones: una externa, referente a la exposición al riesgo, y una interna, referente a la capacidad para hacer frente a dicho riesgo.<sup>29</sup> Es precisamente en torno a la capacidad de respuesta al riesgo o de gestión que gira la concepción clásica de la vulnerabilidad y que seguro ha influido en la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en los documentos internacionales en materia de trata de personas.

En este ámbito concreto, la vulnerabilidad aparece definida en el documento de Naciones Unidas *An introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action* (2008) como esa «condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades».<sup>30</sup>

---

*la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, Nueva York, UNODC, 2010; Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010; Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013.

24 Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2014, p. 151.

25 Morondo Taramundi pone de manifiesto el uso creciente de este término, al igual que el de «grupos vulnerables», por ejemplo, en las políticas de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Morondo Taramundi, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad como condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, p. 206.

26 Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», en *International journal of constitutional law*, vol. 11, N.º 4, 2013, p. 1058.

27 Naciones Unidas, *Informe sobre desarrollo humano 2014, Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, PNUD, 2014, p. 21.

28 Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups...», *op. cit.*, p. 1059.

29 Churruca Muguruza, C., «Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria», en Barranco Avilés, M. C. y Churruca Muguruza, C. (ed.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 47. En esta concepción se ha puesto el foco en los «grupos vulnerables», entendiendo la vulnerabilidad como una característica de esos grupos, lo que ha traído consigo estereotipos y estigmas (Morondo Taramundi, D., «¿Un nuevo paradigma...?», *op. cit.*, p. 210; Peroni, L., «Violence against migrant women: The Istanbul convention through a postcolonial feminist lens», en *Feminist legal studies*, N.º 24, 2016, p. 54). En contraposición, han aparecido otras teorías que tratan de contrarrestar esos efectos, como la liderada por Fineman, quien considera la vulnerabilidad como una característica universal, duradera e inherente a la condición humana (Fineman, M. A., «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, N.º 20-1, 2008, p. 8). Desde esta perspectiva, se pretende conceptualizar la vulnerabilidad de manera positiva, eliminando la estigmatización referida (La Spina, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, p. 183).

30 Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking...*, *op. cit.*, p. 24.

La vulnerabilidad, por lo tanto, se refiere a la condición de una persona en un contexto determinado, por lo que no es un concepto estático, sino dinámico, dependiente del contexto y de la capacidad de respuesta del individuo en cuestión.<sup>31</sup>

Los factores que determinan la vulnerabilidad de una persona pueden ser varios y de índole diversa. Las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*<sup>32</sup> ofrecen un listado abierto de causas de la vulnerabilidad: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.<sup>33</sup> En el ámbito concreto de la trata de seres humanos, el *Manual para la lucha contra la trata de personas de Naciones Unidas* (2007) menciona como causas de la misma las dificultades económicas, los conflictos, la delincuencia, la violencia social y los desastres naturales, entre otros, a la vez que señala otros factores que pueden favorecer la trata como las fronteras permeables, los funcionarios públicos corruptos, la participación de redes de delincuencia organizada transnacional o la limitada capacidad o voluntad de los órganos de inmigración en la aplicación de la ley para controlar fronteras.<sup>34</sup> El ya mencionado documento *An introduction to human trafficking: Vulnerability, impact and action* enumera los siguientes factores de vulnerabilidad a la trata, muy similares a los de las Reglas de Brasilia: la minoría de edad, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, el acceso limitado a la educación, la inestabilidad política así como

la guerra y otros conflictos, el contexto social, cultural y legal (se incluyen aquí las prácticas de discriminación laboral, estructuras sociales patriarcales, el rol de la mujer en la familia, el matrimonio forzado y los antecedentes de prácticas de servidumbre), el movimiento (se refiere a refugiados, desplazados internos y solicitantes de asilo) y la demanda de trabajos a bajo precio, que suele acontecer más en el mundo industrializado que en los países en desarrollo, pues los primeros demandan mano de obra barata en la construcción, agricultura o servicio doméstico.<sup>35</sup>

Los factores de la vulnerabilidad parecen estar claros, por lo que ahora corresponde entrar al análisis de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad». En el año 2010, Naciones Unidas aprobó una *Ley modelo contra la trata de personas*<sup>36</sup> con el objetivo de ayudar a los Estados parte en el Protocolo de Palermo a implementarlo en sus legislaciones nacionales. La Ley modelo ofrece dos opciones para la definición de «abuso de una situación de vulnerabilidad». La primera es muy similar a la que aparece en la Guía legislativa del Protocolo de Palermo, en tanto que indica que por tal «se entenderá toda situación en que la persona en cuestión crea que no tiene alternativa real o aceptable a la sumisión».<sup>37</sup> Nótese que aquí basta con que la persona «crea» que no tiene alternativa, mientras que en la Guía legislativa del Protocolo se exige que la persona «no tenga» alternativa, siendo por tanto esta última interpretación más restrictiva.

La segunda opción señala que por abuso de una situación de vulnerabilidad «se enten-

31 *Ibid.*, p. 69.

32 *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008 (en adelante, se citan como Reglas de Brasilia).

33 Reglas de Brasilia, sección 2.<sup>a</sup>, punto 1.

34 Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas...*, *op. cit.*, p. xviii.

35 Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking...*, *op. cit.*, pp. 71-75.

36 Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010.

37 *Ibid.*, art. 5.

derá el aprovechamiento indebido de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra una persona como resultado de [incluir una lista pertinente]». Para este listado, la Ley modelo sugiere, entre otros factores, «(i) haber entrado al país ilícitamente o sin la documentación apropiada; o (ii) embarazo o cualquier enfermedad física o mental o discapacidad de la persona, incluida la adicción al uso de cualquier sustancia; (iii) capacidad reducida para formar juicios por tratarse de un niño, o por motivos de enfermedad, invalidez o discapacidad física o mental; o (iv) la promesa o entrega de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre una persona; o (v) encontrarse en una situación precaria desde el punto de vista de la supervivencia social».<sup>38</sup> En el comentario que la Ley modelo hace a este artículo sí se pone el acento en que lo relevante para la existencia del delito de trata no es la situación de vulnerabilidad sino el *abuso* de la misma, y en este sentido, sugiere a los Estados la incorporación de una definición de la expresión objeto de análisis «que se centre en el delincuente y en su intención de aprovecharse indebidamente de la situación de la víctima» porque considera que esto último puede ser «más fácil de probar, ya que no se requerirá una investigación del estado mental de la víctima, sino probar únicamente que el delincuente tenía conocimiento de la vulnerabilidad de la víctima y su intención de aprovecharse indebidamente de esa situación».<sup>39</sup>

Observando lo anterior, queda patente que la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en la definición del delito de trata de personas es verdaderamente problemática. Los documentos mencionados apenas arrojan luz respecto de lo que ya indicó la Guía legislativa del Pro-

toloco de Palermo en el año 2004, aunque en la ley modelo, al menos, sí se insiste en la importancia del *abuso* de la situación. La definición sigue planteando serias dudas, lo que en todo caso dificulta la aplicación del tipo penal de la trata de personas en la práctica. Por este motivo, Naciones Unidas elaboró otro documento, casi una década después de la Guía legislativa, donde se intenta precisar más el significado de la expresión aquí objeto de estudio. Se trata del documento titulado *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*. En él se realiza una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina en diversos países respecto de esta expresión en el delito de trata de personas. Del mismo se extraen un listado de conclusiones, de las cuales merecen ser destacadas aquí las siguientes por su relevancia para la interpretación de la expresión objeto de estudio en este trabajo.

Lo primero que se pone de relieve es la necesidad de distinguir claramente la vulnerabilidad como susceptibilidad a la trata y el abuso de la vulnerabilidad de la víctima como medio comisivo del delito de trata. El documento concluye que en la aplicación práctica del delito de trata en la jurisprudencia de los países analizados apenas se distingue entre ellos.<sup>40</sup> En general, lo que la jurisprudencia exige, para constatar la existencia del delito, es la prueba del conocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima por parte del autor, y de ahí se suele deducir que, si conocía tal situación, quería abusar de la misma. Esto amplía notablemente el ámbito de lo punible, y puede dar lugar a condenas por conductas que realmente no son trata de personas.<sup>41</sup> Por ello, insiste el documento en la necesidad de probar dos cosas para la condena: la existencia de la situación de vulnerabilidad y

38 *Ibidem*.

39 *Ibid.*, p. 10.

40 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 67

41 *Ibid.*, p. 75.

el abuso de dicha situación en la realización de la conducta típica (captación, transporte, acogida, etc.).<sup>42</sup> En la jurisprudencia de los países analizados todo parece centrarse en determinar la existencia de la vulnerabilidad obviando el abuso. Y aún más, el documento propone que, para la comisión del delito de trata de seres humanos, no sirva cualquier tipo de abuso, sino uno lo suficientemente grave como para poder afirmar la anulación del consentimiento dado por la víctima.<sup>43</sup> En efecto, como se ha visto *supra*, el eje central del delito de trata de personas está en la inexistencia de consentimiento de la víctima respecto de las conductas de captación, traslado, recepción, etc.<sup>44</sup>

La segunda cuestión que se aborda en el documento mencionado es el origen de la inclusión de este medio comisivo en la descripción típica del delito de trata, que explica el porqué de la indefinición. Inicialmente, en el Protocolo de Palermo, junto con los medios violentos, coercitivos y engañosos, solo estaba previsto incluir el «abuso de poder» sobre la víctima, entendiéndose por tal «el poder que los familiares masculinos puedan tener respecto de los familiares de sexo femenino en algunos ordenamientos jurídicos y el po-

der que los padres pueden tener respecto de sus hijos».<sup>45</sup> Pero durante los *travaux préparatoires* se incorporó una nota interpretativa que hacía referencia al abuso de una situación de vulnerabilidad, referida —como ya se ha señalado— a «toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata».<sup>46</sup> La amplitud de la fórmula permitía incluir en el delito de trata de personas esos medios de coerción más sutiles que la violencia, la amenaza o el engaño. Se pretendía dar una solución intermedia al debate sobre si la prostitución no coaccionada de migrantes mayores de edad debía incluirse o no en la definición del delito de trata.<sup>47</sup> Si bien en la normativa anterior de Naciones Unidas la trata y la prostitución se equipararon,<sup>48</sup> esa concepción planteaba serios problemas en los albores del siglo XXI para lograr un acuerdo universal contra la trata de personas en el seno de la Organización de Naciones Unidas. La solución, entonces, pasó por incluir una definición amplia del delito de trata de seres humanos, que incluyera entre los medios comisivos otros más allá de la clásica violencia o intimidación, dando lugar así a la polémica expresión aquí objeto de estudio y a otra

42 Insistiendo en esta idea, Valverde Cano, A. B., «Reexaminando la definición de trata de seres humanos del protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación», en *Estudios de Deusto*, vol. 67/2, 2019, p. 25, quien apuesta precisamente por un nuevo enfoque, más restrictivo, de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad».

43 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.* p. 73.

44 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 385; Moya Guillem, C., «Los delitos de trata...», *op. cit.*, p. 536; Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, pp. 185-186.

45 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 16.

46 *Ibidem*.

47 Muy crítica con esa solución, Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (a propósito de las «víctimas» de la prostitución y el tráfico de mujeres)», en García Álvarez, I. y Díaz Cortés, L. M. (coord.), *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, *passim*.

48 *Vid.*, por ejemplo, Naciones Unidas, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951. Su preámbulo comienza del siguiente modo: «Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad [...]». Sobre la necesidad de distinguir ambas conductas para lograr un abordaje más eficaz de la trata de personas, *vid.* Lloria García P., «El delito de trata...», *op. cit.*, pp. 364-367; Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*.

expresión de contenido también muy difuso como es «explotación sexual».<sup>49</sup> Esta solución abría la puerta a la ratificación del Protocolo por parte de Estados con posiciones muy diversas en torno al tratamiento legal del ejercicio consentido de la prostitución por mujeres migrantes.<sup>50</sup> Pero siendo la expresión tan vaga e imprecisa, una interpretación extensiva de la misma podrá utilizarse torticeramente por los Estados. Así, por un lado, puede servir de base para la criminalización de toda conducta que tenga que ver con el ejercicio de la prostitución, aunque este haya sido libremente aceptado;<sup>51</sup> y por otro, puede servir de base para la criminalización de todo tipo de prácticas relacionadas con el traspaso de fronteras y tener así un control más férreo sobre las mismas;<sup>52</sup> una manifestación más de la denominada *crimmigration*.<sup>53</sup> Por ello, lo que se propone en este trabajo es una interpretación restrictiva de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» que no permita que se restrinjan derechos y que se cometan excesos por parte de los Estados.

### **El significado de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el derecho español**

En la jurisprudencia procedente del Tribunal Supremo español apenas se encuentran pronunciamientos sobre la expresión «abusando de una situación de vulnerabilidad» de la víctima en relación con el delito de trata de se-

res humanos del artículo 177 bis del Código Penal. Esta situación, sin embargo, no debe sorprender en tanto que el tipo penal de la trata admite otros medios comisivos y lo que se aprecia en las sentencias existentes es que normalmente está presente alguno de esos otros medios, como el engaño o la intimidación, por lo que no se entra a discutir el abuso de una situación de vulnerabilidad.<sup>54</sup> Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo 910/2013 de 3 de diciembre, 178/2016 de 3 de marzo y 396/2019 de 24 de junio se emplea la violencia física para la captación de las víctimas, por lo tanto, siendo este el medio más evidente para anular el consentimiento de una persona, no es necesario entrar en el análisis de otros medios comisivos. Con todo, debe tenerse presente que en los casos analizados por el Tribunal Supremo no se suele producir una violencia extrema,<sup>55</sup> aunque sí están presentes otros medios comisivos.

En multitud de ocasiones se utiliza el engaño. Esta modalidad comisiva normalmente tiene lugar en la captación en el país de origen, en el que se hace creer a la víctima que tendrá un trabajo en España, normalmente, en el servicio doméstico o en la hostelería, y una vez en el territorio español, se le dice que no existe tal trabajo y que debe ejercer la prostitución para pagar la deuda contraída con los «tratantes» por la organización del viaje. Tal es el caso en la sentencia del Tribunal Supremo 786/2016 de 20 de octubre, en

49 Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, p. 450.

50 Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad...*, *op. cit.*, p. 17.

51 Lloria García, P., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 365; Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*; Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 454.

52 Fitzgerald, S. A., «Vulnerable bodies, vulnerable borders: Extraterritoriality on human trafficking», en *Feminist legal studies*, n.º 20, 2012, *passim*, respecto de la situación en Reino Unido.

53 Stumpf, J., «The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power», en *American University Law Review*, n.º 56-2, 2006, *passim*.

54 Sánchez-Covisa Villa, J., «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 52, 2016, p. 48.

55 Giménez-Salinas Framis, A., «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en Martín Ríos, P. y Martín Ostos, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 34; Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 437.

donde el medio comisivo inicial es el engaño, si bien, luego se torna en amenazas cuando las víctimas inicialmente se niegan al ejercer la prostitución, accediendo finalmente por la coacción empleada (fundamento jurídico N.º 2). En la sentencia del Tribunal Supremo 108/2018 de 6 de marzo, el medio comisivo inicial es el engaño pues a la víctima, mujer en Nigeria, se le ofrece un puesto como trabajadora en un supermercado en España. Al preguntar si puede llevarse a su hija, se le dice que sí y una vez en España, le sustraen a la niña y amenazan con hacerle daño si no acepta ejercer la prostitución, cosa que finalmente hace. El Tribunal Supremo entiende que en este caso hay tres momentos diferentes: en el de captación se utiliza engaño, en un segundo momento se emplea intimidación y finalmente se usa incluso violencia física en alguna ocasión (fundamento jurídico N.º 3).<sup>56</sup>

En otros casos sobre los que se ha tenido que pronunciar el Alto Tribunal español lo que ha sucedido es que al ser la víctima menor de edad no se requiere ningún medio comisivo específico pues se entiende que la vulnerabilidad va implícita en su condición de menor de edad, en línea con lo dispuesto en la normativa supranacional de referencia. Así lo señala, por ejemplo, el Tribunal Supremo en una sentencia muy citada posteriormente, la 53/2014, de 4 de febrero (fundamento jurídico N.º 11), en la que se indica que la menor captada en Rumanía, y trasladada seguidamente a Italia, fue después obligada a ejercer la prostitución en España «abusando de su situación de vulnerabilidad como menor extranjera que se encontraba en España sin otros medios de vida y sin documentación válida [...]». Aun aceptando que no se produjese

engaño, pues la menor ya ejercitaba la prostitución en Italia, y podía imaginar que en Barcelona se iba a dedicar a la misma actividad, su situación de vulnerabilidad y necesidad es manifiesta, al carecer de otros medios de vida, ser menor y extranjera, carecer de documentación y depender absolutamente de su prima y del compañero sentimental de ésta, tanto para su alojamiento como para su mantenimiento» (fundamento jurídico N.º 10).<sup>57</sup>

En las escasas sentencias en las que el Tribunal Supremo se refiere al abuso de una situación de vulnerabilidad hay un elemento común, y es el hecho de que concurre también otro medio comisivo de los mencionados. El *modus operandi* de los tratantes es, habitualmente, el siguiente: en el país de origen se utiliza engaño (en relación con una oferta de trabajo) o intimidación para la captación de la víctima, y una vez en España se abusa de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra aquí en tanto que aislada, con dificultades idiomáticas, sin documentación, etc., para obligarla al ejercicio de la prostitución. Una de las primeras sentencias en las que el Tribunal Supremo analiza el abuso de una situación de vulnerabilidad como medio comisivo es la sentencia del Tribunal Supremo 420/2016 de 18 de mayo. Los hechos probados relatan cómo los tratantes captaban a mujeres en Nigeria ejerciendo presión a través de la práctica del vudú y/o amenazas a familiares, también a través del engaño con una falsa oferta de trabajo. El Tribunal Supremo considera que en el caso concurre también una «situación de abuso o vulnerabilidad» (*sic*) que ha sido aprovechada por el autor. Dado que los hechos son anteriores a 2015 y la definición auténtica de la expresión

56 Otras sentencias del Tribunal Supremo en las que se constata el uso de engaño son, por ejemplo, las siguientes: SSTs 167/2016, de 15 de marzo, 144/2018 de 6 de marzo, 554/2019 de 13 de noviembre y 63/2020 de 20 de febrero.

57 Reiterando que si la víctima es menor de edad no es necesario acreditar medio comisivo alguno, *vid.* las SSTs 191/2015 de 9 de abril (fundamento jurídico N.º 6), 379/2015, de 19 de junio (fundamento jurídico N.º 1), 545/2015, de 28 de septiembre (fundamento jurídico N.º 7), 827/2015 de 15 de febrero, (fundamento jurídico N.º 9, si bien, aquí, además, queda perfectamente acreditado que la menor sufría violencia física y amenazas), 270/2016 de 5 de abril.

aquí objeto de análisis se incorporó al Código Penal en ese año, considera al Alto Tribunal que «[l]a definición legal introducida en la reforma de 2015 puede servir de pauta en relación con la interpretación y el alcance de este medio comisivo con anterioridad a la misma no solo tomando como referencia la Directiva indicada sino porque dicho alcance, concretado ahora específicamente por el legislador es patrimonio de la lógica y de la realidad de la vida» (fundamento jurídico N.º 3). Señala la sentencia que, en el caso en cuestión, «difícilmente tenían otra alternativa las testigos protegidas que aceptar la explotación sexual preordenada inicialmente cuando además una de ellas conocía su destino, según la Audiencia, y la otra al menos lo sospechaba, todo ello en un contexto de desarraigo y desamparo en territorio extranjero, con la obligación de reintegrar las cantidades exigidas por los traficantes y las presiones a ellas mismas y a su familia para doblegar su voluntad» (fundamento jurídico N.º 3).

En la sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de julio, los acusados contactaban con mujeres de Nigeria que residían allí y les ofrecían trabajo como peluqueras en la ciudad española de Tenerife, aunque el verdadero objetivo era su explotación sexual. Se observa por tanto el engaño, en el que caían las víctimas, accediendo a la oferta laboral tanto por las condiciones de pobreza en las que vivían como por la confianza depositada en la persona que hacía de contacto. Una vez en Tenerife, les informaron de la deuda contraída con los tratantes, que debían saldar mediante el ejercicio de la prostitución, a lo que accedieron las mujeres «siendo en todo momento controladas y, en suma, teniendo que aceptar a causa de su situación de vulnerabilidad y sobre todo necesidad» (fundamento jurídico N.º 2). La situación de vulnerabilidad se reforzaba a través de la imposición de multas en el caso de conversaciones con otros ciudadanos de raza negra, lo que servía para mantener a las mujeres en su aislamien-

to. Además, la situación de vulnerabilidad facilitaba el control sobre las mismas, que «ni tenían a dónde ir, ni a quién acudir, ni podían acceder a ningún otro medio de vida» (fundamento jurídico N.º 2).

En la sentencia del Tribunal Supremo 1002/2016 de 19 de enero de 2017 también se produce la captación de la víctima, en este caso, en Rumanía, a través de una falsa oferta de trabajo en el servicio doméstico. Una vez en España, tras un mes efectivamente realizando servicio doméstico, la empleadora le dice que no le va a pagar y que, si quiere dinero, deberá ejercer la prostitución. La víctima lo acepta «ante la situación angustiada en que se encontraba, sin tener el más mínimo conocimiento del idioma, y ante las continuas amenazas por parte de la acusada con dejarla sin sustento» (antecedentes – hechos probados). En este caso se observan diversos medios comisivos como el engaño y la intimidación (se le llega a amenazar con cortarle el cuello), aunque también observa al Alto Tribunal un abuso de una situación de vulnerabilidad que considera suficiente para colmar la tipicidad (fundamento jurídico N.º 5). En esta ocasión, la situación de vulnerabilidad viene dada por hallarse la víctima «en un país extranjero sin otras relaciones o contactos y sujeta a la voluntad de quien la había traído desde su país, Rumanía. No exige el tipo necesariamente violencia o intimidación en su sentido clásico. Basta con el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad» (fundamento jurídico N.º 8). En la sentencia cuestiona la recurrente que se abusara de una situación de vulnerabilidad en el traslado a España, a lo que contesta el Tribunal Supremo que basta con que el medio comisivo se emplee respecto de uno de los verbos típicos, que en este caso sería «acoger» y que por lo tanto sí se cumple la tipicidad (fundamento jurídico N.º 6). Es decir, dado que el tipo penal describe diversas conductas, entiende el Alto Tribunal que el medio comisivo se puede dar respecto de cada una de ellas, y

siempre que esté presente la finalidad propia de los delitos de trata, que en este caso es la explotación sexual.

La sentencia del Tribunal Supremo 196/2017 de 24 de marzo analiza un caso diferente de los anteriores, en los que en todos se produce captación de mujeres en otros países con el fin de llevar a cabo su explotación sexual en España. En esta ocasión los hechos describen la captación de hombres en España para la explotación laboral. En concreto, señalan los hechos probados que los acusados buscaban «personas desvalidas o por circunstancias económicas o por padecer problemas de salud o enfermedad mental, a las que inicialmente convencían para que colaboraran con ellos en unas condiciones que nunca se llegaban a precisar, en diferentes tareas y actividades como la limpieza y la construcción de los recintos destinados a sus respectivas viviendas, o las relacionadas con las atracciones de ferias que gestionaba». El verdadero propósito era «tener a su exclusiva disposición a estas personas, no solo para realizar para ellos, sin recibir a cambio ninguna remuneración, estas tareas, sino también para lucrarse en su propio beneficio de las pensiones o ayudas sociales de las que fueran o pudieran ser beneficiarios, generando para ello un ambiente de agresividad, tanto física como verbal, y de hostigamiento, con unas condiciones de vida absolutamente precarias y carentes de la mínima dignidad [...] para lograr así doblegar la voluntad de estas personas, generando en ellas una situación de miedo que les impedía no solo negarse a realizar las tareas que les encomendaban sino también tomar la decisión de marcharse ante el temor a las represalias que podrían sufrir de hacerlo». Entiende el Tribunal Supremo que estos hechos «describen conductas que en

unos casos con violencia y en todo caso con abuso de situación de vulnerabilidad en las que se encontraban las víctimas por las que les impusieron trabajos forzados próximos a la esclavitud» (fundamento jurídico N.º 6), lo que sirve para fundamentar la condena por el delito de trata del artículo 177 bis.

En resumen, del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo en relación con el delito de trata de seres humanos se concluye que (i) apenas hay sentencias que hagan referencia a este medio comisivo; (ii) Cuando se refieren a él suele estar presente también otro medio de coerción más evidente; (iii) La vulnerabilidad suele relacionarse con la situación administrativa irregular en España, unida al aislamiento, el desconocimiento del idioma y la ausencia de documentación, todo lo cual se produce ya en el territorio español; (iv) En relación con lo dicho, el Tribunal Supremo entiende que el medio comisivo se puede dar respecto de cada una de las conductas típicas, por lo que también habría delito si se produce el abuso de la situación de vulnerabilidad en relación con la acogida o recepción en el territorio español, que es precisamente lo que se observa en las sentencias analizadas en las que sí se hace referencia a este medio comisivo; (v) El Tribunal Supremo entiende, correctamente, que no es suficiente la existencia de una situación de vulnerabilidad, sino que el sujeto activo debe aprovecharse de la misma, aunque es cierto que no profundiza mucho en este punto, al contrario de lo que hace, por ejemplo, en relación con el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 Código Penal, respecto del cual el Tribunal Supremo es más contundente en la exigencia del abuso<sup>58</sup> (nótese que en el artículo 311 solo se menciona abuso de una situación de necesidad, no de vulnerabilidad).

58 *Vid.* al respecto STS 494/2016, de 9 de junio: «abusar quiere decir: aprovecharse de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio. Lo que, por un lado, en lo objetivo, ya reclama una cierta entidad cualificadora del aprovechamiento. Pero es que, además, por otro, exige, desde la perspectiva subjetiva del elemento, que el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepta forzada la relación laboral y busque voluntariamente

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el elemento típico «abuso de una situación de vulnerabilidad» en relación con el delito de ejercicio coactivo de la prostitución, ubicado actualmente en el artículo 187. De igual manera que sucede con el delito de trata de seres humanos, aquí también hay otros medios comisivos alternativos, por lo que los pronunciamientos sobre este medio en cuestión no abundan. En todo caso, en los pronunciamientos existentes se aprecia una interpretación clara, y es la vinculación de la situación de vulnerabilidad a la condición de inmigrante en situación irregular en España.<sup>59</sup> También para estos supuestos, no basta que la víctima se halle en dicha situación, sino que es preciso abusar de la misma, entendiéndose el abuso como una relación específica de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 17/2014 de 28 de enero (fundamento jurídico N.º 16) y 568/2016 de 28 de junio (fundamento jurídico N.º 4). De acuerdo con la redacción del tipo penal del ejercicio coactivo de la prostitución, son tres las situaciones posibles de abuso o prevalimiento, como en la trata: «abuso de una situación de superioridad», «abuso de una situación de necesidad» y «abuso de una situación de vulnerabilidad». La citada sentencia entiende que se está ante el primer caso, por ejemplo, cuando el sujeto activo es superior jerárquico de la víctima; ante el segundo cuando, por ejemplo, la víctima se halla en una situación de penuria económica o de drogodependencia; y ante el tercero por razón de edad, enfermedad o condición similar (fundamento jurídico N.º 4). Obsérvese que no se da como ejemplo la situación administrativa irregular en territorio español, pese a que es lo más repetido en la jurisprudencia,

como se ha señalado, aunque parece que en «condición similar» entraría dicho supuesto.

## Conclusiones

La investigación llevada a cabo para la realización de este trabajo permite colegir que la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio comisivo del delito de trata de personas es una tarea verdaderamente compleja. Pese a que los instrumentos supranacionales en la materia han intentado concretar su significado, lo cual ha sido trasladado al artículo 177 bis del Código Penal español, esos intentos no han sido muy fructíferos, primero, porque no se centran en el medio comisivo (el abuso), sino únicamente en lo que debe entenderse por una situación de vulnerabilidad. Segundo, porque incluso respecto de dicha situación, la definición que se ofrece es puramente redundante.

Tampoco el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español arroja mucha luz al respecto, quizá porque no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en tanto que, en la mayoría de los casos analizados por el alto tribunal, estaban presentes otros medios comisivos que anulan la voluntad de la víctima de una manera mucho más evidente, principalmente, a través de violencia, amenazas o engaño. Es precisamente en el consentimiento en donde debe ponerse el foco a la hora de interpretar la expresión aquí objeto de estudio. En este sentido, al igual que si hay violencia, intimidación o engaño no puede entenderse que el consentimiento de la víctima es válido, lo relevante en el medio comisivo «abuso de una situación de vulnerabilidad» es también la afectación al proceso deliberativo de la persona, quien no decide libremente.

Los elementos de este medio comisivo son los siguientes: (i) la existencia de una si-

que ésta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría. Y es que el delito es esencialmente doloso, siendo difícil imaginar incluso modalidades de dolo eventual» (fundamento jurídico N.º 3).

59 En este sentido, *vid.*, entre otras, SSTs 2205/2002 de 30 de enero de 2003, 1092/2004 de 1 de octubre, 823/2007 de 25 de octubre, 160/2011 de 15 de marzo, 400/2018 de 12 de septiembre.

tuación de vulnerabilidad, (ii) el conocimiento de dicha situación por parte del sujeto activo del delito, y (iii) el aprovechamiento de dicha situación para captar, transportar, trasladar, etc., a la persona en cuestión. Este último es el elemento clave de este elemento del tipo objetivo del delito de trata de personas, y no la existencia en sí de la situación de vulnerabilidad, pese a que los instrumentos internacionales se fijan más en la situación de vulnerabilidad que en el abuso. Obviamente, la situación de vulnerabilidad es el presupuesto pues sin ella no se puede plantear siquiera la existencia del delito. Una vez constatada la vulnerabilidad, lo que debe hacer el juez es comprobar que dicha situación de vulnerabilidad era conocida por el sujeto en cuestión y que se aprovechó de la misma. Este aprovechamiento debe suponer la anulación del consentimiento de la víctima de manera similar a como lo hacen la violencia, la intimidación o el engaño, que son el resto de medios comisivos. Por tanto, el abuso debe tener cierta entidad para poderse equiparar a aquellos.

Otras interpretaciones —amplias— del elemento *abuso* no deben tener cabida pues si se aceptaran, se estaría desnaturalizando la esencia del delito de trata, lo que provocaría indeseables consecuencias, especialmente, una ampliación de las conductas punibles. Y esto es precisamente lo que debe evitarse, que bajo el amplio paraguas de la lucha contra la trata de personas se oculten otros objetivos. Uno de esos objetivos puede ser castigar el ejercicio libre de la prostitución por mujeres migrantes, en el entendimiento de que la mujer migrante es *per se* una persona vulnerable, lo que crea una visión estereotipada de las mujeres, esencialmente, del sur, como *otras* a las que la cultura occidental debe pro-

teger en tanto que si ejercen la prostitución, lo hacen obligadas.<sup>60</sup> Sin desmerecer la mayor exposición a riesgos que puede tener una mujer inmigrante en situación administrativa irregular, lo que no es admisible es anularles en todo caso su capacidad de autodeterminación, que puede incluir el ejercicio voluntario de la prostitución en el país de destino.<sup>61</sup> Otro de esos espurios objetivos que quizá se oculten tras una interpretación amplia de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» puede ser castigar los movimientos migratorios para tener así un control más estricto sobre las fronteras, algo que parece ser tónica habitual en los Estados europeos en los últimos tiempos.

En conclusión, lo que se propone en este trabajo es realizar una interpretación restrictiva de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» que la haga equiparable a otros medios comisivos del delito de trata en donde lo relevante es que el proceso deliberativo de la persona sea libre, evitando un *resultado injusto*.<sup>62</sup> Y no debe olvidarse que el medio comisivo debe darse en los momentos de captación, transporte, traslado, recepción, etc., es decir, en un momento previo a la explotación porque la explotación ni siquiera es necesario que se produzca para entender consumado el delito de trata de personas. Este es el contenido que debería tener la expresión a la normativa supranacional y, por ende, en otras legislaciones nacionales. Se deben rechazar, por tanto, esas legislaciones en las que los medios comisivos (entre ellos el abuso) no forman parte del tipo penal, sino que solo son elementos para agravar la pena. Estas legislaciones se asientan sobre un entendimiento erróneo de la trata de personas, equiparando esta conducta lesiva de la dignidad del ser humano con conductas como la

60 Peroni, L., «Violence against migrant women...», *op. cit.*, p. 64; Thill, M., «El convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», en *IgualdadES*, N.º 2, p. 181.

61 Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso...», *op. cit.*, *passim*.

62 En la terminología de Wertheimer, A. *Exploitation*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, p. 16.

prostitución ejercida libremente por mujeres migrantes o el tráfico irregular de migrantes, que son conductas queridas por el sujeto que las realiza, por eso no tiene sentido que este sujeto sea considerado víctima en el mismo sentido de quien se ve sometido a los abusos de los tratantes de personas.

## REFERENCIAS

- Benito Sánchez, D., López Belloso, M. y López Rodríguez, J., «El delito de trata de seres humanos en los tribunales de justicia de la Comunidad Autónoma Vasca», en *IgualdadES*, N.º 2, 2020, pp. 61-98.
- Caño Panos, M. A., «Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar y asimilados, y los de trata de seres humanos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, pp. 413-432.
- Churruca Muguruza, C., «Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria», en Barranco Avilés, M. C. y Churruca Muguruza, C. (ed.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 45-70.
- Consejo de Europa, *Explanatory report to the council of Europe convention on action against Trafficking in human being*, Varsovia, 2005.
- Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario* (Tesis doctoral), Universitat de Barcelona, 2014.
- Fineman, M.A., «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, N.º 20-1, 2008, pp. 1-23.
- Fitzgerald, S. A., «Vulnerable bodies, vulnerable borders: Extraterritoriality on human trafficking», en *Feminist legal studies*, N.º 20, 2012, pp. 227-244.
- Giménez-Salinas Framis, A., «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en Martín-Ríos, P., Martín Ostos, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 27-60.
- Gómez López, M.A. y Muñoz Sánchez, E., «Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 123, 2017, pp. 213-246.
- Guisasola Lerma, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 175-215.
- La Spina, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, pp. 182-204.
- Lloria García, P. «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 353-402.
- López Rodríguez, J. y Benito Sánchez, D., «El fenómeno de la trata de menores de edad en los instrumentos jurídicos internacionales: avances y retos pendientes», en *iQual: Revista de género e igualdad*, N.º 2, 2019, pp. 41-72.
- Maqueda Abreu, M. L., «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológicos (a propósito de las «víctimas» de la prostitución y el tráfico de mujeres)», en García Álvarez, I. y Díaz Cortés, L. M. (coord.), *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, pp. 449-463.
- Maqueda Abreu, M.L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?»

- en Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J. y Sainz-Cantero Caparrós, J. E. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 1251-1264.
- Mier Hernández, A. y Rodríguez-Argüelles, S., «La trata de niños y niñas: estado de la situación actual», en *Nova et Vetera*, 2011, vol. 20, N.º 64, pp. 195-201.
- Monge Fernández, A., «Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 121, 2017, pp. 101-146.
- Morondo Taranmundi, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad como condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2016, pp. 205-221.
- Moya Guillem, C., «Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales», en *Política Criminal*, vol. 11, N.º 22, 2016, pp. 521-547.
- Naciones Unidas, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2013.
- Naciones Unidas, *An introduction to human trafficking: vulnerability, impact and action*. Nueva York, UNODC, 2008.
- Naciones Unidas, *Guía legislativa para la aplicación del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, Nueva York, UNODC, 2004.
- Naciones Unidas, *Informe sobre desarrollo humano 2014. Sostener el progreso huma-*
- no: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, PNUD, 2014.
- Naciones Unidas, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2010.
- Naciones Unidas, *Manual contra la trata de personas*, Nueva York, UNODC, 2007.
- Naciones Unidas, *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*, Nueva York, UNODC, 2010.
- Peroni, L. y Timmer, A., «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European human rights convention law», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, N.º 4, 2013, pp. 1056-1085.
- Peroni, L., «Violence against migrant women: The Istanbul convention through a postcolonial feminist lens», en *Feminist Legal Studies*, N.º 24, 2016, pp. 49-67.
- Sánchez Domingo, M. B., «Trata de seres humanos y trabajos forzados», en *Revista Penal*, 45, 2020, pp. 172-193.
- Sánchez-Covisa Villa, J., «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis CP», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 52, 2016, pp. 36-51.
- Stumpf, J., «The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power», en *American University Law Review*, N.º 56-2, 2006, pp. 367-420.
- Thill, M., «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», en *IgualdadES*, N.º 2, pp. 157-196.
- Valverde Cano, A. B., «Reexaminando la definición de trata de seres humanos del protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación», en *Estudios de Deusto*, vol. 67/2, 2019, pp. 15-29.
- Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios al Código Penal (actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Barcelona, Atelier, 2015.

Villacampa Estiarte, C., «El delito de trata de seres humanos en el Derecho penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas*

*contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch 2017, pp. 447-467.  
Werthmeimer, A. *Exploitation*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

# Explotación laboral económica, empresas y organizaciones criminales: una revisión crítica a la regulación penal española

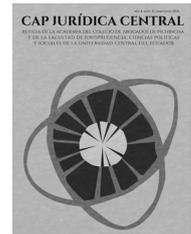
*Economic labour exploitation, companies and criminal organizations: a critical review in criminal law in Spain.*

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS

Universidad de Deusto (España)

s.gil@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5333-1127>



*Recibido:*  
13/11/2020

*Aceptado:*  
04/02/2021

## Resumen

El presente trabajo analiza la respuesta que ofrece el Código Penal español a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral productiva o económica. Para ello se parte de una delimitación de estas formas de explotación delictiva más grave, para abordar el tratamiento jurídico-penal específico que corresponde a las variadas situaciones en las que las personas jurídicas y organizaciones criminales resultan implicadas, así como la idoneidad de la respuesta penal a estos casos.

## Palabras clave

Explotación laboral económica, delitos laborales, trata de personas, criminalidad empresarial, personas jurídicas, organizaciones criminales.

## Abstract

This paper analyzes the response offered by the Spanish Criminal Code to business crime in cases of productive or economic labor exploitation. For this purpose, these forms of more serious criminal exploitation are systematized, to address the specific legal-criminal treatment that corresponds to the various situations in which legal persons and criminal organizations are involved, as well as the adequacy of the criminal response to these cases.

## Keywords

Economic labor exploitation, labor offences, human trafficking, business crime, legal persons, criminal organizations.

## Introducción

La crisis económica padecida en la última década en España,<sup>1</sup> extensible a la mayor parte de los países del mundo en un contexto general de crisis económico-financiera, trajo como consecuencia, entre otras, un alarmante incremento de la tasa de desempleo, hasta sobrepasar el 26% en el año 2013 y encontrándose con carácter previo al estallido de la pandemia provocada por el covid-19 en torno a un todavía elevado 14% en 2019. A pesar del frágil repunte económico que en los últimos años se había producido, los datos sobre recuperación de empleo habrían puesto de manifiesto que, a pesar de la disminución del paro en España, el trabajo existente resulta cada vez más precario, por lo que, incluso en situaciones en las que la persona cuenta con un empleo, puede no cubrir o resultar insuficiente para satisfacer necesidades materiales básicas, a lo que ha de sumarse que en ocasiones las propias condiciones del trabajo realizado en un contexto de ajenidad y dependencia son deficientes.

En este contexto de precariedad y empobrecimiento del mercado laboral, agudizado por la profunda recesión provocada por el covid-19, y con reformas dirigidas a potenciar la economía a costa de la pérdida de calidad del empleo (desregularización, flexibilización, temporalidad, abaratamiento del despido), el riesgo de producirse una situación abusiva contra la persona trabajadora se eleva exponencialmente, teniendo en cuenta que además, por definición, ésta se encuentra en una inherente situación de inferioridad respecto del empleador que conlleva la vul-

nerabilidad de sus derechos.<sup>2</sup> A ello se añade que el perfil de la persona explotada se corresponde, por regla general, con aquellos que por razón de una determinada situación o condición personal (pobreza, inmigración irregular, enfermedad, falta de formación...), están más expuestos a que no se respeten sus derechos laborales, en definitiva, unas condiciones de trabajo dignas. En consecuencia, el ámbito primario del presente trabajo se ubica en la protección de los derechos propios nacidos de la relación laboral de los que son titulares las personas trabajadoras, intereses que son objeto de tutela en el Código Penal español; pero no se limita solo a éstos, pues existirían igualmente situaciones explotadoras laboralmente que, en su expresión más extrema, suponen una auténtica cosificación de la persona con el fin de obtener con ello un provecho económico, de manera que más allá de la vulneración de sus derechos laborales se estaría con ello afectando frontalmente la dignidad humana.

La regulación penal española ofrece un marco protector por el que se incriminan las conductas más graves que atentan a todos estos intereses merecedores de tutela penal, en atención a la finalidad protectora de bienes jurídicos que cumple el Derecho Penal y al principio de intervención mínima, específicamente por la vía de los delitos laborales y del delito de trata de seres humanos. A pesar de las diferencias que presentan uno y otro delito en relación con las características de la propia situación de explotación sufrida, la específica tipificación de las conductas punibles, así como su objeto de tutela, compartirían claramente una nota común.

1 Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018-095155-A-C22), así como del proyecto de investigación «Alternativas de justicia social ante el Derecho Penal de exclusión», financiado por Aristos Campus Mundus para los años 2019-2020 (Resolución ACM/R/2019, de 29 de marzo de 2019).

2 Terradillos Basoco, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», en Demetrio Crespo, E. y Nieto Martín, A. (dirs.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 218.

Y es que las diversas manifestaciones delictivas de explotación laboral que vertebran el presente trabajo son manifestación, como se expondrá, de una criminalidad económica y, fundamentalmente, empresarial, en la que aparecen involucradas, directa o indirectamente, bien empresas cuya titularidad la ostentan personas jurídicas, bien organizaciones y grupos criminales que, clandestinamente, desarrollan un negocio ilícito por el que llegan a obtener muy pingües beneficios.

En atención a lo expuesto, el presente trabajo focaliza el análisis en la respuesta jurídico-penal frente a estas situaciones de explotación laboral como expresión de una delincuencia empresarial. En este sentido, al margen de la imputación jurídico-penal objetiva y subjetiva que corresponde a la persona o personas físicas que materialmente llevan a cabo el hecho delictivo, se abordará concretamente el estudio de la eventual respuesta penal que cabe predicar contra la propia organización o persona jurídica implicada. Para ello resulta necesario perfilar en mayor medida las situaciones de explotación laboral que sustenta este trabajo y, consecuentemente, su específico marco regulador en el Código Penal español, puesto que de ello dependerá el concreto régimen de sanción aplicable al ente colectivo implicado (persona jurídica versus entidad sin personalidad jurídica). De su análisis se pondrán las bases para valorar si, a pesar de que la regulación penal española reconoce la posibilidad de imponer sanciones de naturaleza penal a aquellas, se presenta como un instrumento adecuado de prevención.

### **Explotación laboral: delimitación y regulación penal**

La explotación laboral se manifiesta de formas muy diversas en significado e intensidad,

por lo que resulta necesario precisar qué integra, a los efectos de este trabajo, este fenómeno. En una primera aproximación, el término «explotar» es definido por el *Diccionario de la Real Academia*, en su tercera acepción, como «utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona»,<sup>3</sup> ofreciendo así un marco omnicompreensivo de distintas formas de abuso en provecho del empleador, no todas constitutivas de delitos, lógicamente, y dentro de las que entran en la órbita del derecho penal, pudiendo dar lugar a una diversa, y por lo que se dirá, insuficiente protección.

En conexión con la definición anterior, el marco del presente análisis se va a circunscribir a la explotación laboral productiva o económica,<sup>4</sup> exclusivamente en su manifestación más grave para merecer una respuesta penal. Efectivamente, ha de recordarse que la protección primaria de las condiciones laborales en el marco de una prestación de trabajo y, en consecuencia, frente a un eventual abuso por parte del empleador (en situación de superioridad frente al trabajador), no la ofrece el derecho penal, sino el orden social. A este respecto la regulación penal otorga una protección reforzada a ese sector jurídico, con los problemas que ello conlleva en ocasiones a la hora de delimitar la frontera entre lo que constituye una infracción al orden social y un ilícito penal.

Las acotaciones anteriores ubican la protección penal en el llamado derecho penal del trabajo, fundamentalmente los delitos laborales tipificados en el Título XV del Código Penal español, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», arts. 311 a 318. Se sigue aquí la posición mayoritaria según la cual el común denominador en los delitos laborales del Título XV es proteger

3 Diccionario de la Real Academia Española, 23.<sup>a</sup> ed., actualización a diciembre de 2019 (disponible en <https://dle.rae.es/explotar>).

4 Cfr. Pomares Cinta, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 27-28.

como bien jurídico categorial los derechos propios de los trabajadores nacidos de la relación laboral,<sup>5</sup> en tanto colectivo social cuya desigual situación contractual legitimaría la intervención penal.<sup>6</sup> En una rápida enumeración, en el código penal español se tipifican las siguientes conductas: el art. 311 incrimina en su apartado primero la imposición de condiciones laborales y de la seguridad social, mediante engaño o abuso de situación de necesidad que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos laborales. El segundo apartado del mismo precepto castiga dar ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin haber comunicado su alta a la seguridad social, tanto si son nacionales como extranjeros en situación regular, siempre que se cumplan unos determinados porcentajes; igualmente castiga la misma conducta cuando se trata de extranjeros sin autorización de trabajo. Por su parte, el tercer apartado extiende el castigo de los dos apartados anteriores en los supuestos de transmisión de empresas. Finalmente, el apartado cuarto contempla un agravamiento a todos los delitos anteriores cuando se emplea en la conducta violencia o intimidación. El art. 311 bis tipifica el que, reiteradamente, se emplee o dé ocupación a ciudadanos que carezcan de permiso de trabajo o a un menor que carezca de permiso de trabajo. A continuación, el art. 312 contempla dos apartados: el primero

incrimina el tráfico ilegal de mano de obra; el segundo contempla dos conductas, reclutar o determinar al abandono del puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, así como el emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos laborales. El determinar o favorecer la inmigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación o usando un engaño semejante se tipifica en el art. 313 y el delito contra la discriminación laboral en el art. 314. A continuación, el art. 315 da protección penal a la libertad sindical y el derecho de huelga. Y finalmente los arts. 316 y 317 castigan la modalidad dolosa e imprudente, respectivamente, de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo.

No son pocas las cuestiones problemáticas que plantea la regulación anterior, tanto desde el punto de vista de la legitimidad penal de algunas de estas figuras delictivas<sup>7</sup> como en relación con la interpretación que corresponde a los elementos típicos que las configuran. Sin perjuicio de ello, desde el concepto de explotación laboral económica o productiva que guía este trabajo, debe señalarse que algunos de los tipos penales enumerados resultarían, en principio, ajenos a esta lógica, al menos directamente.<sup>8</sup> Lo mismo cabe decir de otros delitos en los que está presente una finalidad tuitiva de la persona trabajadora y que según

5 Por todos, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 792.

6 Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del derecho penal del trabajo?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 20, 2018, p. 78.

7 Con mayor incidencia tras las reformas operadas en España en esta materia por medio de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, y la LO 1/2015, de 30 de marzo, por las que se introdujeron, respectivamente en los arts. 311.2º y 311 bis como resultado de la transposición de la Directiva 2009/52/CE en el marco de la Unión Europea. Como bien ha señalado la doctrina, dichas reformas habrían conllevado la desnaturalización de la filosofía que inspiró en origen la regulación penal de los delitos laborales, en la medida en que, aunque aparentemente trata de proteger los derechos laborales de un específico colectivo, el de los extranjeros irregulares, realmente tratarían de proteger la competitividad empresarial, así como las políticas migratorias del Estado. Para una revisión crítica de estas reformas, *vid.*, por todos, una revisión crítica del paulatino desmantelamiento del derecho penal del trabajo, Trapero Barreales, M. A., «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.<sup>a</sup> época, vol. 3, N.º 114, 2014, pp. 5-44; Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, pp. 65-85.

8 Así, el delito de impedimento o limitación del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga.

un sector minoritario de la doctrina también formarían parte, en sentido amplio, del derecho penal del trabajo.<sup>9</sup>

Pero la forma más grave y aberrante de explotación laboral económica es la trata de personas, tipificada en el art. 177 bis CP.<sup>10</sup> Con todo, no es del todo correcto decir que existe una línea de continuidad, conforme a un criterio de gravedad, entre las formas de explotación castigadas como delitos laborales y la trata con fin de explotación laboral.<sup>11</sup> Comparten, claramente, elementos de afinidad, en cuanto que buena parte de aquéllos y ésta son formas de explotación económica y frecuentemente empresarial, que justifican su tratamiento conjunto en este trabajo, aunque las características que implican son muy diferentes.

Lo primero que debe señalarse es que el art. 177 bis no recoge expresamente el término «explotación laboral» como una de las finalidades de la trata,<sup>12</sup> a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la modalidad de explotación sexual. Es más, esta última forma de trata también es una forma de explotación laboral, y en este sentido serían extrapolables gran parte de las consideraciones que más adelante se realizarán en relación con la responsabilidad penal de personas jurídicas y otros entes sin personalidad jurídica. No obstante, abarca cualquier actividad con contenido sexual que contrasta con la restricción con la que el legislador ha delimitado la finalidad de explotación laboral no sexual.<sup>13</sup> En concreto, la letra a) del primer apartado del precepto indica como finalidad

9 Se trataría de delitos en los que no se menoscaba directamente los derechos del sujeto en cuanto a su condición de trabajador, sino por el hecho de ser personas, es decir, protegen otros intereses merecedores de tutela penal, como el alzamiento laboral de bienes del art. 257.2, el acoso sexual en el ámbito de una relación laboral del artículo 184 o el *mobbing* laboral del artículo 173.1 segundo párrafo.

Incluso desde una posición mayoritaria del derecho penal del trabajo que exclusivamente protegería los derechos de los trabajadores, quedaría igualmente fuera de ella el delito de coacciones a la huelga del art. 315.3. *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 858-859.

10 El apartado 1 del art. 177 bis recoge el tipo básico del delito de trata de seres humanos: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso».

11 *Cfr.* Terradillos Basoco, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud...», *op. cit.*, pp. 219-220, para quien habría que distinguir, de menor a mayor gravedad, tres posibles figuras delictivas básicas: imposición de condiciones ilegales de trabajo, sometimiento a trabajo forzoso y sometimiento a esclavitud, otorgando autonomía conceptual a las dos últimas, de manera que el trabajo forzoso no sería una especie dentro del género esclavitud.

12 Rodríguez Montañés, T., «Trata de seres humanos y explotación laboral: reflexiones sobre la realidad práctica», en *La Ley Penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 109, 2014, p. 6, indicando que la mención expresa a la explotación penal no la recoge tampoco ningún instrumento internacional sobre la materia.

13 *Cfr.* Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 124-125. Conforme a los datos disponibles por la Fiscalía General del Estado, entre 2013 y 2018 la trata con fines de explotación laboral habría afectado a 166 mujeres y 422 hombres entre adultos y niños, lo que implica un 28,23% y un 71,76% de víctimas en esta modalidad de trata, respectivamente. Fiscalía General del Estado. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial*, Madrid, 2019, p. 1267 (disponible en <http://www.lifeinvasaqua.com/main-files/uploads/2019/09/MEMORIA-2019.pdf>).

«la imposición del trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad».

¿Qué conexión existe entre las formas de explotación laboral tipificadas en los delitos laborales y la trata con fin de explotación laboral en los términos que tipifica el art. 177 bis? En realidad, por propia decisión del legislador, cabría decir que ninguna. El delito de trata no castiga en sí misma la finalidad de explotación, sino el comercio de la persona, el proceso de esclavización para su ulterior sometimiento a una situación de explotación personal de distinta índole.<sup>14</sup> A grandes rasgos, se castiga alternativamente todas las fases de este proceso, esto es, conductas de reclutamiento, movilización de personas y recepción o acogida.<sup>15</sup> realizadas por determinados medios ilícitos<sup>16</sup> y con el propósito de llevar a cabo algunas de las finalidades que señala la ley. Con ello se ataca frontalmente la dignidad de la persona humana, para algunos,<sup>17</sup> o la integridad moral, según otros,<sup>18</sup> pero en definitiva cualquiera de las modalidades tipificadas implica la instrumentalización de la persona, su cosificación y reducción a un mero objeto<sup>19</sup> de interés productivo. Sin embargo, no es necesario que la finalidad de la trata llegue a producirse efectivamente para entender consumado el delito, basta con acreditar que la operativa ha sido tendente a esa finalidad. La primera consecuencia, por tanto, que se desprende de esta estructura tí-

pica es que no es suficiente con la existencia de una situación de explotación laboral para que concurra el delito de trata; ni siquiera tiene por qué darse efectivamente, pues lo relevante a efectos de imputación penal es la concurrencia de la conducta y los medios comisivos y la acreditación de dicha ulterior finalidad por la que se realiza el proceso.

Además, de concurrir efectivamente la finalidad de explotación, esta última daría lugar a un concurso de delitos. Aquí es donde reside el principal problema a la hora de castigar autónomamente dicha finalidad. Según se ha señalado, el artículo 177 bis no alude expresamente a la finalidad de «explotación laboral», sino a «trabajos forzados, esclavitud o prácticas similares a ésta, servidumbre o mendicidad». Estos términos son trasposición literal de la normativa europea e internacional sobre la materia, por las que se acogen las formas más severas de atentado a la dignidad humana, específicamente a la libertad de trabajo, sea en su aceptación, continuación o abandono. En este sentido, resulta obligada la remisión al art. 2.1. del Convenio núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso u Obligatorio de 1930; contenido que en esencia también recoge el Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957: «[T]odo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente».

14 Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, op. cit., p. 124.

15 Para una revisión crítica de la conducta típica, *vid.* Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 410-411.

16 A menos que la víctima sea menor de edad, en cuyo caso no se exige su concurrencia.

17 La dignidad es un referente de protección constante en la normativa europea e internacional sobre la materia en conexión con la vulneración de los derechos humanos de las personas objeto de trata. Siguiendo esta estela, se pronuncian en defensa de la dignidad humana la STS, sala 2.ª, N.º 538/2016, de 17 de junio, así como la Circular N.º 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, de 2 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. En la doctrina, por todos, Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 396-409.

18 Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 177; Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, op. cit., p. 123.

19 Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, op. cit., p. 123.

Ahora bien, la Directiva 2011/36/UE, relativa a la protección y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, de 5 de abril, cuya completa transposición motivó la reforma del art. 177 bis por la LO 1/2015, se limita a establecer una obligación de incriminación para los estados por la que «como mínimo» se recojan las formas más extremas de explotación laboral,<sup>20</sup> pero no impide que los legisladores nacionales amplíen el catálogo de la finalidad de la trata. Anteriormente, también el art. 1.1º de la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, mencionaba junto a estas formas severas de explotación, el «explotar el trabajo o los servicios».<sup>21</sup> No obstante, la redacción finalmente aprobada con la introducción del art. 177 bis en el Código Penal español mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, adoptó la postura más restrictiva posible;<sup>22</sup> redacción que se ha visto refrendada tras la reforma de 2015. Con ello el legislador español parece que ha querido dejar fuera del art. 177 bis otras formas de explotación laboral que podrían derivar en una imputación jurídico-penal por la vía de los delitos laborales.

Así, conforme a la línea restrictiva del art. 177 bis 1.a) del Código Penal, la explota-

ción laboral que recoge se refiere a la imposición forzada de la condición de trabajador. Es esta falta de voluntariedad la que marcaría la frontera, cada vez más tenue en un mercado laboral cada vez más empobrecido y precario,<sup>23</sup> con las formas de explotación laboral a la que dan respuesta los delitos laborales en la regulación penal española: lo que califica el trabajo como «forzoso» es la ausencia de libertad para decidir realizar la prestación laboral,<sup>24</sup> esto es, la propia prestación del trabajo se realiza desde el principio en contra de su voluntad, pero también, aceptado el trabajo, la persona no puede dejarlo con un razonable período de preaviso sin un previo pago u otro tipo de prestación.<sup>25</sup>

De todo lo anterior se colige que, tratándose de situaciones en las que la cosificación de la persona va más allá de la negación de los derechos reconocidos a los trabajadores, puesto que implica propiamente su negación como persona, no es posible sancionar penalmente la finalidad de explotación por la vía de los delitos laborales, pero tampoco existe, por otro lado, una incriminación específica de estas formas más extremas y severas de explotación mencionadas en el artículo 177 bis,<sup>26</sup> salvo castigarlas por la vía de un delito contra la integridad moral del

20 Para una delimitación conceptual de estas modalidades de explotación, *vid.* por todos, Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos...*, *op. cit.*, 435-437; López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p. 120-157.

21 Art. 1.1 *in fine* de la Decisión Marco del Consejo, N.º 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002: «[...] con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre [...]».

22 Señala Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, p. 126, que la redacción asumida en el Proyecto de Código Penal de 2009 al art. 177 bis 1ª) acogía lo dispuesto en el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de 15 de noviembre de 2000, en el que se limitaba la finalidad de explotación laboral a «imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre».

23 Comparto la postura de un sector de la doctrina de que el enfoque mayoritario de la normativa europea e internacional es más propio de formas de explotación del siglo XIX, pero no atiende a las modernas formas de explotación laboral actualmente existentes, particularmente originadas en el contexto de la grave crisis económica sufrida en la que se ha ido precarizando el trabajo (Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 105 y 108-111; López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos...*, *op. cit.*, p. 167).

24 Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

25 Rodríguez Montañés, T., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 3.

26 Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos...*, *op. cit.*, p. 111; Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, 136-139; Villacampa Estiarte, C., «Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales

artículo 173.I. Consciente de esta clamorosa e incomprensible laguna de punición, la Fiscalía General del Estado ha creado en 2019 una comisión en la Secretaría Técnica del Ministerio de Trabajo para la redacción de un Plan de Acción Nacional contra el trabajo obligatorio y otras actividades humanas forzadas. Entre otras acciones, tiene como objetivo estudiar una reforma del Código Penal para tipificar como delitos la esclavitud, la servidumbre, el delito de trabajo obligatorio y otras actividades forzadas, sistematizar correctamente y actualizar la redacción de los delitos contra los derechos de los trabajadores.<sup>27</sup>

Las consideraciones anteriores acotan el concepto de explotación laboral a efectos de este trabajo: (i) toda forma de aprovechamiento de la persona de naturaleza económica o productiva; (ii) que puede producirse en el marco de una relación laboral consentida por el trabajador, de manera que la conducta explotadora atenta contra los derechos que legalmente le son reconocidos, o que suponen la imposición forzosa del trabajo sin consentimiento de la víctima para aceptarlo o abandonarlo. Puestas estas bases, a continuación, se abordará el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia empresarial implicada en situaciones de explotación laboral.

## Explotación laboral y criminalidad empresarial

### *Primera aproximación en el ámbito de los delitos laborales y del delito de trata*

Toda forma de explotación laboral, según la delimitación anteriormente desarrollada, es expresión de una criminalidad económica y, fundamentalmente, empresarial.

La anterior afirmación resulta, sin duda, una obviedad en el caso de los delitos laborales, en los que la conducta explotadora conecta frecuentemente con el desarrollo de una actividad empresarial. De manera que tratándose de un empresario social estará involucrada una persona jurídica titular de la empresa, que asume el papel de empleador. Ciertamente que no siempre concurre en el empleador esta condición, ya que puede tratarse de un empresario individual, o de un particular que contrata a un tercero en condiciones de dependencia o ajenidad, como sucede habitualmente en los casos de servicio doméstico. Pero de darse una relación de trabajo en la que la empleadora es una persona jurídica, cualquier que sea su tipología, junto a la eventual imputación jurídico-penal de la persona o personas físicas que hayan intervenido dolosamente en la comisión del delito, se añade la cuestión sobre el tratamiento jurídico-penal que merece la propia entidad.

Pero también la trata es una criminalidad obviamente económica e, igualmente, empresarial. Obsérvese que es el resultado del proceso de esclavización lo que permite atribuir a este delito una naturaleza económica. Sin el fin explotador, el proceso no tiene sentido desde la perspectiva económica, aunque la legislación penal española, siguiendo los textos internacionales, se focaliza principalmente en el proceso,<sup>28</sup> puesto que como se ha visto anteriormente, para castigar penalmente la concreta finalidad deberá acudir al concurso de delitos.

Conviene, no obstante, alguna consideración añadida. Tradicionalmente se ha considerado que la trata de seres humanos y la criminalidad organizada van de la mano. Prueba

sustantivas y procesales proyectadas», en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, N.º 2, abril 2014, pp. 9 y 15; López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos...*, *op. cit.*, pp. 180-181.

La única tipificación expresa de sometimiento a esclavitud o mantenimiento a ella de una persona se recoge en el marco de los delitos de lesa humanidad, art. 607 bis 2.10º.

27 Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno...*, *op. cit.*, pp. 1263-1267.

28 Rodríguez Montañés, T., «Trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 4.

de ello es que el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños del año 2000, nació como Protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de ese mismo año.<sup>29</sup> Es desgraciadamente, según se ha dicho, un negocio altamente lucrativo, siendo este fenómeno en sí mismo el desarrollo de una actividad económica empresarial<sup>30</sup> que se mueve por las reglas de la oferta (gente esclavizable a bajo coste de adquisición) y la demanda (prestación de servicios de todo tipo).<sup>31</sup>

Con la peculiaridad de que su actividad empresarial es criminógena *per se*. De otra manera, las mafias y organizaciones dedicadas a la trata tienen la consideración de empresas ilegales. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es el tratamiento jurídico-penal de la organización, más allá de la responsabilidad individual que corresponda a sus miembros.

Pero el mundo de la organización criminal es una realidad compleja, en la que proliferan y se entremezclan las propias actividades delictivas y clandestinas de la organización, con las posibilidades que les abre las relaciones con el sector público y privado y específicamente el mundo empresarial. Por indicar algunas manifestaciones de esta relación, puede consistir en cubrir o llevar a cabo toda o parte de la actividad delictiva al amparo de una actividad lícita, es decir, por medio

de sociedades que actúan formalmente en el mercado. O pueden recurrir a la creación de sociedades ficticias o pantallas, generalmente con la finalidad de canalizar las ganancias ilícitas obtenidas de la actividad delictiva para su blanqueo e introducción en el mercado lícito. O puede ser un proceso inverso, de manera que empresas lícitas que actúan con normalidad en el mercado y que obtienen, por ello, un beneficio, colaboren o sirvan a la financiación de la organización criminal.<sup>32</sup> En definitiva, la actividad empresarial ilícita principal de la organización convive igualmente con otras manifestaciones empresariales, algunas también ilícitas, como pudiera ser el desarrollo de otros negocios criminales paralelos o complementarios al principal (falsificación de documentos, sobornos, narcotráfico...). En otros casos, lo que resulta aún más peligroso, están involucradas actividades legales, bien desarrolladas por la propia organización,<sup>33</sup> bien porque otras empresas legales (y, en consecuencia, las personas jurídicas titulares de estas) participan en el fenómeno de la trata, en cualquiera de sus fases.

Sobre este complejo escenario, el reto que se plantea para el derecho penal en el plano de la propia organización criminal y de las personas jurídicas en las que se hace presente o que se involucran con aquella, es qué respuesta debe darse en cada caso a esta dispar tipología de situaciones. Por ello con carácter previo resulta necesario presentar los

29 Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada: Especial referencia al derecho positivo español», en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 116.

30 Considera que la criminalidad organizada se crea a modo de empresa, en ocasiones con mentalidad de multinacional del crimen, López Muñoz, J., *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 111.

31 Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos como...», *op. cit.*, p. 124.

32 Cfr. Zúñiga Rodríguez, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granda, Comares, 2009, p. 144, poniendo de manifiesto otras formas en las que se manifiesta las relaciones empresariales de las organizaciones criminales.

33 Así lo pone de manifiesto Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos como...», *op. cit.*, pp. 131-132, señalando que son más peligrosas las organizaciones criminales que interaccionan con actividades económicas legales, especialmente cuando es la propia organización la que ha establecido la actividad legal. En tales casos, el tipo de actividad legal al que la organización se dedica acostumbra a tener directa conexión con el tipo de delito que constituye la principal actividad de la organización (agencias de viaje, empresas de colocación o de trabajo temporal).

aspectos principales de la regulación aplicable, los artículos 31 bis y 129 CP español para personas jurídicas y otros entes sin personalidad jurídica, respectivamente.

### 3.2. Penas y consecuencias accesorias: la dualidad de regímenes de sanción de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal español

En el año 2010 España pasó a formar parte de los países que han incluido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su legislación penal. Tras varias reformas ocurridas desde que la LO 5/2010, de 22 de junio, materializara dicha responsabilidad,<sup>34</sup> los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal acogen una regulación pormenorizada de un modelo de organización empresarial «ideal» dirigido a prevenir delitos, especificando el papel que juega en la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Para que opere esta responsabilidad, es necesaria la comisión de un delito que integre el ámbito de aplicación *numerus clausus* del sistema, en dos hipótesis: a) comisión del delito por el representante legal o persona que individual o colegiadamente posea autoridad para tomar decisiones, o asuma funciones de organización o control. Además, es necesario que el delito se cometa en nombre o por cuenta de la entidad, es decir, en el ámbito de las funciones atribuidas al sujeto, y que haya sido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica; y b) comisión del delito por sujetos sometidos a la autoridad de

las personas mencionadas anteriormente. También aquí el delito debe cometerse por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, con otras dos condiciones: el delito se comete en el ejercicio de actividades sociales, es decir, dentro del ámbito de dominio de la entidad, y ha sido posible por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. En ambas hipótesis la existencia con anterioridad a la comisión de la infracción penal de un programa de prevención de delitos (*compliance program*) puede actuar de causa exoneratoria para la persona jurídica o, en su caso, de atenuación de la responsabilidad, si se cumplen las condiciones legamente establecidas y se demuestra que su implementación fue eficaz.

Sintéticamente, y al margen de las controversias dogmáticas que suscita este modelo, los elementos claves de la regulación son esencialmente dos: la necesidad de que el delito derive en un beneficio para la persona jurídica, directo o indirecto, y que esta haya implementado un programa de prevención y detección de delitos en los términos que requieren los apartados 5 y 2 en relación con las condiciones de exoneración de la entidad y elementos esenciales del *compliance*.<sup>35</sup> Esto último resulta esencial para la prevención de cualquier forma de explotación laboral, pero únicamente cuando se trata de una empresa que desarrolla una actividad legal o «normal» en el mercado, aunque también desarrolle pa-

34 La LO 7/2012, de 27 de diciembre, incluyó como entidades sometidas de responsabilidad a los partidos políticos y sindicatos, la LO 1/2015, de 30 de marzo, incluyó también como entidades destinatarias del art. 31 bis a las sociedades mercantiles públicas, además de regular pormenorizadamente los modelos de prevención de requisitos y su incidencia en la responsabilidad penal en la persona jurídica. Por su parte, la última reforma producida hasta la fecha, por medio de la LO 1/2019, de 20 de febrero, amplió el ámbito de delitos a los que es de aplicación, entre los que destaca principalmente el delito de malversación.

35 En concreto, en relación con los elementos imprescindibles que debe contener el programa de prevención el art. 31 bis. 5 señala los siguientes: 1) identificación de las actividades en cuyo ámbito se pueden cometer los delitos que han de prevenirse; 2) establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de su ejecución; 3) dotarle de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados; 4) establecer un canal de denuncias que permita informar de posibles riesgos e incumplimientos al *compliance officer*; y 5) necesidad de revisar periódicamente el modelo de gestión y de su eventual modificación, tanto de manera reactiva como proactiva.

ralelamente o, gracias a la cobertura que le ofrece ésta, una actividad ilegal.

Por su parte, el sistema de consecuencias accesorias del artículo 129 CP entra en juego en aquellas situaciones en la que no es posible imponer «penas» al ente por no poseer personalidad jurídica, salvo algunas excepciones presentes en el Código Penal entre las que se encuentran los delitos laborales del Título XV, como se verá. En concreto, el primer apartado del artículo 129 prevé que cuando los delitos a los que se adscribe su ámbito de aplicación se hayan cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis», podrán imponerse alguna o algunas de las consecuencias accesorias listadas en el art. 33.7 CP. En realidad, son las penas imponibles a las personas jurídicas, ahora bajo la denominación de consecuencias accesorias, a excepción de la multa y la disolución, ajenas a este régimen de sanción.<sup>36</sup>

La posibilidad de imponer consecuencias accesorias a una organización o entidad que no posee personalidad jurídica se abre a todos los delitos en los que expresamente está prevista la aplicación del art. 31 bis, así como a aquellos en los que únicamente entra en aplicación el art. 129. Para su imposición

la ley solo exige que el delito se cometa en el seno, con la colaboración, a través o por medio de alguna de la tipología de organización que se recoge. Ante este silencio legal, la doctrina ha venido definiendo, desde 1995, los requisitos de aplicación, esencialmente dos: la necesidad de que exista una persona física declarada culpable y condenada por el delito, por un lado, y por otro, la acreditación de la peligrosidad objetiva o instrumental de la cosa, que sirve a la comisión del delito al facilitararlo u ocultarlo. Con estos mimbres, se deduce que, además de limitarse a supuestos de ausencia de personalidad jurídica en el ente implicado, la regulación parece destinarse a situaciones en los que su existencia es en sí criminógena por instrumentalizarse para la comisión de delitos.

Tras delimitar brevemente las características esenciales de ambos regímenes de sanción en la regulación penal española, se procederá a continuación a una revisión de su aplicación en los supuestos de explotación laboral que acotan este estudio.

## **Responsabilidad del empresario social y delitos laborales**

### *Origen y razones de la ausencia de previsión del artículo 31 bis*

Conforme a la filosofía que subyace en las previsiones del art. 31 bis y siguientes del

36 En concreto, el art. 33.7 del CP recoge como penas para la persona jurídica, todas consideradas como penas graves, enumerándose las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La propia noción de persona jurídica, a la que el ordenamiento jurídico ha atribuido personalidad jurídica propia, así como la identificación de un patrimonio también propio de ésta, distinto de patrimonio personal de sus miembros, han derivado en la exclusión de la multa y la disolución en el régimen del artículo 129, puesto que jurídicamente no se podría disolver lo que no ha nacido a los ojos del derecho ni, en consecuencia, imponerle una sanción pecuniaria que afecte a un patrimonio autónomo.

Código Penal español, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es concreción de una determinada corriente político-criminal que las considera factores de riesgo de primer orden en el desarrollo de su actividad empresarial: *ad-intra*, en atención fundamentalmente al respeto de las condiciones dignas de trabajo de sus trabajadores; *ad-extra*, en lo relativo a que de su actividad no se deriven resultados lesivos para intereses de terceros merecedores de tutela penal. Partiendo de este escenario y en el ámbito específico de los delitos laborales, la lógica autorreguladora anterior se presenta con especial intensidad. Pues el sentido de la explotación que sufre la persona trabajadora no es otro que redundar en un beneficio para la empresa empleadora, que abaratará con ello una parte de sus costes laborales e igualmente obtendrá una ventaja competitiva respecto de las empresas no explotadoras.<sup>37</sup>

No es ésta, sin embargo, la lógica que parece haber guiado al legislador español, que a diferencia de lo que sucede con el resto de delitos socioeconómicos, no ha previsto expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV.<sup>38</sup> En realidad, lo que sí se prevé en este ámbito, *ex art. 318*, es la aplicación del régimen de san-

ción de las consecuencias accesorias del art. 129. ¿Cómo se ha llegado a esta situación?

La primera regulación general del modelo de consecuencias accesorias se remonta al Código Penal de 1995. El entonces vigente art. 129 contemplaba un régimen facultativo de sanción para cualquier tipo de ente, con o sin personalidad jurídica, cerrado a un listado de delitos entre los que inicialmente tampoco se encontraban los tipificados en el Título XV. Dicha previsión se incorporó a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de extranjeros, con una finalidad muy específica, la de combatir el tráfico ilegal de personas extranjeras.<sup>39</sup> Posteriormente la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010 superó el modelo de consecuencias accesorias, reduciendo su papel al de régimen complementario para entidades sin personalidad jurídica. Pero teniendo en cuenta que ambas regulaciones se delimitan conforme al criterio puramente formal de la personalidad jurídica, su ámbito de aplicación delictiva era coincidente.<sup>40</sup> Aquí se encuentra el origen del problema: el legislador amplió, por un lado, el listado de delitos ahí donde lo había demandado un instrumento internacional, pero por otro lado

37 Pues además de la protección de los derechos reconocidos legalmente, no cabe duda de que las conductas de explotación abusiva económica son conductas de competencia desleal y afectan a la competitividad del mercado. En este sentido, Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, p. 77. Esta perspectiva cobra especial protagonismo, hasta el punto de constituir según algunos autores el bien jurídico protegido, en los delitos tipificados en los arts. 311.2º y 311 bis.

38 No es la única excepción a la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos socioeconómicos. Desde una concepción amplia del derecho penal económico y de la empresa, quedan fuera igualmente, es el caso de los delitos contra el medioambiente en su modalidad imprudente.

39 Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, p. 55, críticamente señalando que para el legislador la aplicación del artículo 129 tenía sentido en el ámbito de la colaboración en la inmigración o tráfico ilegal de extranjeros del anterior artículo 313.1, pero no con la imposición de condiciones de trabajo ilícitas por parte de las empresas o que pongan en grave peligro la vida, la salud o integridad física de los trabajadores.

40 *Cfr.* Ramón Ribas, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa», en De la Cuesta Aguado, P. M., Ruiz Rodríguez, L. R., Alcalá Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, M. J. (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 995.

Existe un listado de tipos delictivos que, por su contenido, solamente se someten al régimen de consecuencias accesorias, en concreto, delito de asociación ilícita (art. 515), pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis) y pertenencia a un grupo criminal (art. 570 ter).

«olvidó» actualizar el contenido de la previsión inicial del art. 129 en algunos de los delitos de los que es heredera la responsabilidad penal de la persona jurídica, para los supuestos en los que la entidad involucrada sí posee personalidad jurídica.<sup>41</sup>

Diez años después de la reforma, el art. 318 sigue haciendo referencia a que «cuando los hechos previstos en los artículos anteriores de este título se atribuyeren a personas jurídicas [...] la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Ahora bien, a pesar de que el contenido del art. 318 no haya variado, se ha producido una modificación indirecta de su aplicación, fruto del juego conjunto de la regulación general de los arts. 31 bis y del 129, puesto que este último sí ha modificado su contenido y, fundamentalmente, su ámbito de aplicación subjetivo.

Se ha barajado distintas razones para tratar de comprender esta exclusión. Hay quien ha sugerido, de manera poco entusiasta, una dosis de prevención del legislador en los primeros tiempos de vigencia del artículo 31 bis, al haber preferido ver qué problemas surgían en la práctica antes de plantear extenderlo a delitos que pueden entrar en concurso con los de homicidio o lesiones, caso de

los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo de los arts. 316 y 317 CP.<sup>42</sup> De ser así, el legislador llevaría una década de prudencia en esta materia. Otros autores se han preguntado si la irresponsabilidad de las personas jurídicas en situaciones de explotación laboral económica es expresión del principio de intervención mínima, específicamente en relación con la empresa privada, puesto que el Código Penal no ha previsto la responsabilidad penal de personas jurídicas para organismos o entidades públicas, en las que también pueden darse situaciones de delincuencia sociolaboral.<sup>43</sup>

Pero se ha apuntado como razón más poderosa del origen de esta disfuncionalidad la ausencia de un instrumento normativo europeo o internacional en esta dirección.<sup>44</sup> Sin embargo, esto no es del todo cierto. La Directiva 2009/54/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, sigue la estela de otros instrumentos normativos europeos al requerir a los estados miembros que garanticen que las personas jurídicas puedan ser responsables de los delitos cuya tipificación se exige en las legislaciones nacionales. Esta Directiva moti-

41 No es el único caso en el que el legislador español «olvidó» prever la aplicación del artículo 31 bis a los delitos en los que anteriormente se vinculaba el artículo 129, pero sí uno de los más relevantes. Existen otros supuestos en los que todavía las consecuencias accesorias se vinculan a entes con o sin personalidad jurídica por la comisión de algunos delitos. Concretamente, los delitos tipificados en los artículos 162 (manipulación genérica), 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) y 294 (obstaculización a actuaciones inspectoras de la Administración). No obstante, existen otros subsistemas de regulación en el ámbito de las consecuencias accesorias. Para una exposición detallada de los problemas que ello plantea, *vid.* Gil Nobajas, M. S., «Personas jurídicas versus entes sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 29, 2018, pp. 14 y ss.

42 Faraldo Cabana, C., «Algunos aspectos de la reforma penal: Irresponsabilidad penal de la empresa por los delitos contra los derechos de los trabajadores. ¿Sigue siendo posible aplicar las consecuencias accesorias?», en *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 34, 2013, p. 557, para a continuación poner en entredicho esta hipótesis puesto que si se habría contemplado desde un inicio la responsabilidad penal de personas jurídicas en otros delitos que también pueden entrar en concurso con el homicidio o las lesiones, como son los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente.

43 Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, p. 54, en relación con la redacción del artículo 31 bis 5 dada por la LO 5/2010. No obstante, tras las reformas por medio de la LO 7/2012 y 1/2015, los partidos políticos y sindicatos y las sociedades mercantiles públicas, respectivamente, han quedado fuera de la impunidad que les otorgaba la redacción originaria del actual artículo 31 quinquies.

44 Faraldo Cabana, C., «Algunos aspectos...», *op. cit.*, p. 558.

vó la ampliación de los delitos tipificados en el Título XV, enfocada a la incriminación de conductas cuyas víctimas son trabajadores extranjeros en situación irregular, actuales arts. 311.2º (dar ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin haber comunicado su alta a la seguridad social, en función de unos determinados porcentajes que señala el precepto) y 311 bis (dar reiteradamente ocupación a ciudadanos que carezcan de permiso de trabajo), incorporados por las leyes orgánicas 7/2012 y 1/2015, respectivamente.<sup>45</sup>

Al margen de la valoración que merezca la transposición que el legislador ha hecho de la Directiva en la legislación penal española, el art. 11 de la Directiva contempla la misma regulación respecto de las personas jurídicas que la que acoge cualquier otro instrumento internacional por el que el legislador ha justificado la previsión del art. 31 bis en otros delitos.<sup>46</sup> ¿Por qué dejar fuera, entonces, la responsabilidad penal de la persona jurídica y contemplar únicamente el régimen de consecuencias accesorias? Tal vez podrían argüirse algunas razones. Una de ellas podría ser que la normativa europea impone la obligación de tipificación de unas conductas delictivas concretas que no abarcan todos los delitos laborales del Título XV del Código Penal. Otra podría apuntar a que la apelación a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica ya queda cubierta por la vía del art. 129. Una tercera podría combinar los dos argumentos anteriores y, así, al no existir un requerimiento para todos los delitos laborales, no resulta necesario desplazar la aplicación del art. 129 en favor del art. 31 bis, con el añadido de que el art. 318 ya prevé que la imposición de algu-

na o algunas de las consecuencias accesorias es a «personas jurídicas», si se interpreta que se está aquí ante una excepción al régimen general del art. 129.

A mi juicio, todas estas razones, conjunta o separadamente, son fácilmente rebatibles. En primer lugar, no se comprende por qué la existencia de un requerimiento internacional en relación con las personas jurídicas que, por lo demás, es constante cuando se trata de armonizar las legislaciones penales estatales en ámbitos de criminalidad que afectan a los intereses de la Unión Europea, derive en un diferente compromiso de regulación por parte del legislador español, según el delito. En segundo lugar y vinculado con lo anterior, porque tampoco lo justifica el hecho de que no se exija por parte de la Directiva, ni por ningún instrumento internacional, que la responsabilidad de la persona jurídica sea necesariamente penal. También el régimen de consecuencias accesorias es de naturaleza penal, como ha reconocido muy mayoritariamente la doctrina desde su inclusión en el Código Penal de 1995 y, además, si el legislador quisiera haber eludido que la sanción imponible a las personas jurídica fuera, en todo caso, una pena, directamente no habría introducido el art. 31 bis en la regulación penal. Y, en tercer lugar, aunque la Directiva restrinja la necesidad de incriminación a unas determinadas conductas en las que, específicamente, la víctima es la persona trabajadora extranjera en situación irregular, es un marco de mínimos. Aplicado al caso específico de la responsabilidad de la persona jurídica, una supuesta ausencia de compromiso internacional no es óbice para que el legislador nacional tenga autonomía para valorar político-criminalmen-

45 Pero curiosamente el legislador español no incorporó al catálogo de delitos del Título XV la conducta más grave que recogía la Directiva, la contratación a sabiendas de trabajadores extranjeros en situación irregular víctimas de la trata de seres humanos, cuando el empleador empresario no ha participado en el proceso de esclavización (art. 9.1.d de la Directiva). En este sentido, críticamente, Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, p. 69.

46 Denuncia la falta de previsión del artículo 31 bis en los delitos laborales, a tenor de la previsión del artículo 11 de la Directiva, Trapero Barreales, M. A., «La transformación del derecho penal laboral...», *op. cit.*, pp. 18-20.

te la conveniencia y adecuación de someter a sanción penal a la empresa en determinados ámbitos delictivos, junto a la persona o personas físicas que materialmente cometen el delito. Prueba de ello es que esta reflexión sí habría cuajado, al menos en sede prelegislativa, como refleja el Proyecto de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007,<sup>47</sup> e igualmente algún grupo parlamentario habría tomado recientemente alguna iniciativa legislativa frustrada en este sentido.<sup>48</sup>

### *Consecuencias de aplicar el régimen del artículo 129*

La conclusión obligada de las consideraciones anteriores es que las situaciones de explo-

tación laboral económica cometidas por personas jurídicas quedan por imperativo legal sometidas a un régimen para el que no son destinatarias. De ahí que un sector doctrinal interpreta que en el ámbito de los delitos laborales únicamente pueden imponerse consecuencias accesorias a entes sin personalidad jurídica por razones de legalidad.<sup>49</sup> A la vista de esta insatisfactoria consecuencia, otra parte de la doctrina admite que el art. 318 supone una excepción a la regla general del art. 129, de manera que en los delitos laborales las personas jurídicas solo pueden ser sancionadas por vía de las consecuencias accesorias de las letras c) a g) del art. 33.7 CP,<sup>50</sup> si el juez potestativamente decreta su imposición.

47 El proyecto de 2007 reformaba el art. 318 con el siguiente tenor: «Cuando los delitos comprendidos en este título se atribuyeran a personas jurídicas se impondrá la pena señalada en cada caso a los administradores o encargados del servicio que hubieran sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y habiendo podido evitarlos, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos y siempre que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 31 bis de este Código para la declaración de la responsabilidad penal, se impondrá a la persona jurídica la pena de multa del tanto al quíntuplo del importe de la sanción pecuniaria mínima prevista para las infracciones muy graves en el orden social establecidas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, o de la suma de todas ellas si fueren varias. Asimismo, en atención a la gravedad, persistencia o cantidad de las infracciones cometidas, así como al número de trabajadores sometidos al riesgo generado por ellas, el juez podrá imponer la pena de intervención judicial por un periodo máximo de cinco años. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de los recargos de prestaciones de seguridad social que en su caso pudiera acordar la autoridad administrativa competente. Dichos recargos no podrán por tanto tenerse en cuenta para determinar la pena de multa a la que se refiere el párrafo anterior.»

48 El Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó al Congreso el 20 de julio de 2019 una proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, cuyo art. 48 proponía la modificación del art. 318 para incorporar la aplicación del art. 31 bis a los delitos laborales. No se encuentra ninguna mención a esta modificación en la exposición de motivos de la proposición de ley, solo en lo relativo a la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica para el delito de acoso sexual, con el siguiente tenor: «Se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de acoso sexual en atención a lo dispuesto en el art. 31 bis. Con ello se espera fomentar que los programas de prevención de delitos incorporen la prevención del acoso sexual como uno de sus objetivos». En ausencia de justificación expresa relativa a la modificación del art. 318 CP, cabe interpretar que el ámbito de las relaciones laborales es un campo abonado para la manifestación de la violencia contra las mujeres; de otra manera, existiría una íntima relación entre determinadas formas de explotación laboral y el sumar la condición de mujer a la de trabajadora. Por su parte, el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad, Sexual, que pasó a tramitación al Congreso el pasado 3 de marzo de 2020 (cuya tramitación quedó temporalmente paralizada durante la duración del estado de alarma en el Estado español por el covid-19), no incluye mención alguna a una eventual modificación del art. 318.

49 Bacigalupo Sagesse, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, n.º 7541, 2011, pp. 27 y ss.; Pomares Cinta, E., *El derecho penal...*, op. cit., p. 56; Ramón Ribas, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa...», op. cit., p. 907.

50 Feijoo Sánchez, B. J., «Cap. XII. El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. J. y Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed. Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 306-307; De la Mata Barranco, N. y Hernández Díaz, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), De la Mata Barranco, N. (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Me-

Siendo insatisfactorias ambas posturas, resulta político-criminalmente más conveniente la segunda de ellas, puesto que, *al menos*, mantiene en un plano de igualdad a todo tipo de entidad. En cualquier caso, se siga una u otra postura, la doctrina es unánime a la hora de criticar la regulación del art. 318, por resultar disfuncional.<sup>51</sup> Posición que comparto plenamente, porque si hay un ámbito en el que la comisión del hecho delictivo tiene conexión con una cultura y política sistemática de incumplimiento de la legalidad, es el de la protección de la persona trabajadora, nacional o extranjera, regular o irregular.<sup>52</sup>

Lo anterior no significa que la previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos laborales deba valorarse exclusivamente como mecanismo punitivo cuando el hecho delictivo ya se ha cometido, sino principalmente por el efecto preventivo que despliega, ya que cuando la empresa analiza sus riesgos e implementa y ejecuta eficazmente un programa de prevención de delitos, estableciendo los controles para evitar que el riesgo se traduzca en un daño socialmente intolerable, se adelanta la protección a estadios anteriores. Cierto es que, en esta cuestión, es habitual que las empresas incorporen en sus modelos de organización y gestión penal los delitos laborales. Pero, se insistirá, aunque deba valorarse positivamente este proceder,

no se comprende por qué, entonces, el legislador no los equipara en cuanto al régimen aplicable para la persona jurídica con el resto de delitos que forman el ámbito de aplicación del art. 31 bis, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

A la vista de todo lo expuesto, y planteando nuevamente la pregunta sobre las razones de esta omisión, tal vez el legislador haya pretendido no abrir la caja de Pandora de hacer penalmente responsable a la propia entidad en un ámbito tan proclive a los abusos, o por el recelo de que pueda ser utilizada la norma penal en contra de la entidad como mecanismo de presión sindical, máxime en un escenario, como el mercado laboral, que paulatinamente está en un proceso de precarización y empeoramiento de las condiciones laborales. Parecen, pues, pesar más las razones económicas y de existencia de *lobbies* que las de fomentar la prevención delictiva en este ámbito,<sup>53</sup> cuando además ya existiría obligación legal al respecto en materia de seguridad e higiene en el trabajo.<sup>54</sup>

A pesar de lo anterior, también existirían voces autorizadas que consideran que aunque los delitos laborales se someten al régimen de consecuencias accesorias, igualmente podría derivar en consecuencias muy perjudiciales para los trabajadores de la persona jurídica a la que se le impone.<sup>55</sup> Frente a este argumento

nor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 242; Faraldo Cabana, C., «Algunos aspectos...», *op. cit.*, pp. 562-563. Califica de sorprendente e inaceptable la exclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, p. 74.

51 Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española», en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, N.º 1, 2012, p. 13.

52 Considera que el ámbito del derecho penal del trabajo y, específicamente, el delito contra la seguridad en el trabajo, constituyen uno de los epicentros de la criminalidad empresarial, Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, p. 75, existiendo además en relación con este último la imposición de una obligación legal de implementación de planes preventivos.

53 Apela a la presión ejercida por el lobby de las constructoras en el esplendor de la burbuja inmobiliaria y la fiebre del ladrillo, Hortal Ibarra, J. C., «Tutela...», *op. cit.*, p. 75.

54 La ley básica en España en esta materia es la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre, si bien es numerosa la normativa de distinto rango jerárquico en esta cuestión.

55 Gómez Martín, V., «El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-Bdef, 2009, p. 257, en atención a la regulación anterior a la reforma de 2010, cuando aún no se había introducido en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

cabe argüir que la Ley de Infracciones al Orden Social<sup>56</sup> incluye como sujetos responsables en su art. 2, tanto a personas físicas como jurídicas, así como a las comunidades de bienes, estableciéndose como sanción imponible la multa y, en determinados casos, la suspensión de actividades, esto es, coincidentes con dos de las penas que también se pueden imponer a las personas jurídicas por vía penal. Por tanto, el carácter aflictivo de la sanción también se predica de la legislación social, sin que se cuestiona en este ámbito la posibilidad de hacer responder a la persona jurídica de la infracción cometida, y específicamente con una sanción pecuniaria que queda penalmente vetada al estar excluida del régimen de consecuencias accesorias del art. 129.

Por tanto, el efecto negativo que tendría imponer algún tipo de consecuencia jurídico-penal a la persona jurídica en atención a las personas físicas que la integran y, especialmente, los trabajadores, no es exclusivo a la sede penal. A mayores, lo que habría que reconocer es que en este caso la entidad ostenta, a mi juicio, una posición privilegiada frente a la comisión de una infracción recogida en la legislación social. Las consecuencias accesorias tienen carácter potestativo, de manera que en la decisión de su imposición, el juez debe atender a un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen los intereses en juego, particularmente las consecuencias económicas y sociales de su imposición, tal y como expresa uno de los criterios de determinación del artículo 66 bis, junto a la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva. De aquí se deriva que mientras que la imposición de una multa es obligatoria en la legislación social, ninguna de las consecuencias accesorias aplicables es preceptiva a pesar de haberse realizado una conducta de mayor gravedad.

Pero incluso, en términos de una mayor sal-

vaguarda de los derechos de los trabajadores, esto es, qué régimen comporta un menor componente aflictivo de la sanción, la primera impresión a favor del art. 129 frente al art. 31 bis pudiera resultar, a mi juicio, errónea. Lo que enlaza, de nuevo, con las sanciones imponibles en ambos casos y, también, con los presupuestos legales que deben concurrir para hacer efectivos cada uno de estos sistemas, elementos claves de valoración de la disfuncionalidad que supone someter a la persona jurídica a una regulación para la que no es destinataria.

Por la vía del art. 129 no se puede imponer ni una multa ni la disolución de la entidad. Esto puede tener sentido cuando se trata de agrupaciones o entes sin personalidad jurídica, pero no desde el momento en que se admite una interpretación del art. 318 que incluye a las personas jurídicas, reconocida formalmente a los ojos del derecho y, en consecuencia, dotada de un patrimonio autónomo del patrimonio de sus miembros. Resulta un privilegio injustificado respecto de otros delitos circunscritos al ámbito de aplicación del art. 31 bis. Además, la regulación del art. 318, extensible a todos los delitos del Título XV, que por definición suponen situaciones reconducibles a un escenario donde el concreto tipo penal realizado ha sido posible por la existencia de deficiencias organizativas, priva en su aplicación de las condiciones a las que se somete el art. 31 bis, más garantista que el régimen de consecuencias accesorias, en el que, por lo demás, no se prevé ninguna posibilidad de atenuación o exoneración para el ente. Lo que atestigua, de nuevo, que la lógica de este último régimen es distinta de la de la autorregulación regulada que inspira la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo la propia de una clase de agrupación que si existe es porque, *per se*, sirve a la comisión de delitos.

56 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

De todo lo expuesto se desprende la insuficiente respuesta jurídico-penal que ofrece el art. 318, en conexión con el art. 129, a la criminalidad empresarial en este ámbito, fundamentalmente en términos de eficacia preventiva para una mejor protección de los derechos de los trabajadores. En consecuencia, se impone la necesidad de una reforma para corregir esta disfuncional regulación.

### **Respuesta penal a la criminalidad organizada y empresarial en la trata con fin de explotación laboral**

#### *Trata de seres humanos y responsabilidad penal de la persona jurídica*

La previsión del art. 31 bis en el delito de trata sí conecta, al contrario de lo que sucede en los delitos contra los derechos de los trabajadores, con la existencia de un requerimiento internacional. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 15 de mayo de 2005, apela a esta necesidad de previsión en su artículo 22. En la misma línea, la Directiva 2011/36/UE obliga a los estados miembros a garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas en su art. 5, reproduciendo la misma regulación que ya recogía el art. 4 de la derogada Decisión Marco de 19 de julio de 2002. Pero en ninguno de estos textos se exige que dicha responsabilidad deba ser obligatoriamente penal.

A juicio de García Rivas éste sería el primer punto débil que presenta la protección

penal que la normativa internacional, específicamente la Directiva de 2011, otorga a las víctimas de trata, puesto que, por un lado, insta a los estados miembros a sancionar penalmente un catálogo de conductas relacionadas con este fenómeno, pero por otro no les obliga igualmente a sancionar por la vía penal a las empresas que contribuyen directa o indirectamente a que el negocio de la trata sea rentable.<sup>57</sup> Este sinsentido, a juicio del autor, estaría relacionado con otros aspectos sobre los que se volverá más adelante, si bien se impone una valoración previa de este argumento.

No es un hecho aislado el que los textos internacionales indicados dejen abierta la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas. En realidad, no hay ningún instrumento normativo internacional que obligue a sancionar penalmente a las personas jurídicas.<sup>58</sup> Y no podrían obligar a ello, puesto que conviven diferentes tradiciones jurídicas en los estados. En consecuencia, la ausencia de un requerimiento expreso a que la responsabilidad de la persona jurídica sea penal es una nota común a todo instrumento de armonización de las legislaciones penales de los estados, sin que en principio eso suponga una protección menos eficaz de optarse por una vía distinta de la penal. Lo que exige la normativa internacional es que las sanciones a las personas jurídicas sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias», entre las que se incluye necesariamente la multa (penal o de otra índole).<sup>59</sup> Con todo, hay que reconocer la *vis* atractiva que los compromisos internaciona-

57 En García Rivas, N., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas», en Lloria García, P. (dir.), Cruz Ángeles, J. (coord.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 68.

58 En este mismo sentido, específicamente respecto del delito de trata, Díaz Morgado, C. V., *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*, Tesis doctoral dirigida por los profesores Drs. Olesti Rayo y Corcoy Bidasolo, Universidad de Barcelona, 2014, pp. 219-220.

59 Junto a la multa, el artículo 6 de la Directiva menciona entre otras medidas, a título ejemplificativo, la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial, la disolución judicial y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

Por su parte, el Convenio de Varsovia acoge una regulación muy similar, al disponer en el artículo 23.2 que «[l]as Partes

les han tenido en relación con la paulatina introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídico-penales nacionales. El propio legislador español justificaba así la introducción del art. 31 bis en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, cuando en realidad, no había obligación de acudir a esta fórmula. Sin ser, por tanto, obligatoria la vía penal, ello conlleva aceptar una consecuencia derivada de la libertad de cada estado para garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas. Y es que las diferencias normativas entre los Estados abren la puerta al llamado *forum shopping*, fundamentalmente en ámbitos en los que la delincuencia es transnacional, como sucede frecuentemente con la trata, de manera que las organizaciones busquen el lugar más rentable para emprender y desarrollar tan altamente lucrativo negocio.

Así las cosas, en el caso español el apartado 7 del artículo 177 bis prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este delito. En concreto, la pena que se señala para aquellas es la multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, además de que igualmente se puedan imponer, cumulativas a la multa, alguna o algunas de las restantes penas recogidas en el artículo 33.7. Qué papel pueda desempeñar esta previsión en la trata con un fin de explotación laboral pasa por sistematizar las formas en que se manifiesta la delincuencia empresarial en este ámbito.

En efecto, la respuesta jurídico-penal a la delincuencia organizada y empresarial en el delito de trata es tan diversa como complejo resulta el fenómeno, como ya se indicó anteriormente. No hay que olvidar que lo que se incrimina es el proceso de esclavización de

la persona para ser sometida a alguna forma de explotación. Por ello, debido al diferente tratamiento jurídico-penal que implica, se distinguirá, por un lado, el papel que asume la propia organización y la que asumen las empresas vinculadas en la trama de trata, ajenas a la propia organización o pertenecientes a su propia estructura.

### *Respuesta jurídico-penal en relación con la organización criminal*

La primera conexión que se establece entre el art. 31 bis y la trata, es la de pensar que esta previsión tiene como destinataria principal la propia organización, grupo o mafia clandestina dedicada a ello. Siendo así, la vía de sanción a la organización, más allá de la que corresponda a sus miembros, no es la que ofrece este precepto, sino la de las consecuencias accesorias del art. 129,<sup>60</sup> cuando se trata de organizaciones criminales fácticas que carecen de personalidad jurídica según el concepto de organización criminal que recogen los textos internacionales y, fundamentalmente, el art. 570 bis CP («la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos»). Además, conforme a lo que se ha expuesto al analizar la aplicación del art. 129 en los delitos laborales, la lógica de esta regulación encajaría con la realidad criminógena subyacente, por lo que además de cumplir con el criterio formal inicial de ausencia de personalidad jurídica, es suficiente con acreditar la peligrosidad objetiva o instrumental de la organización, que se crea y

---

velarán por que las personas jurídicas [...] sean objeto de sanciones o medidas penales o no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas las sanciones pecuniarias».

60 Quedan fuera de este análisis situaciones que sí se pueden reconducir a la aplicación del art. 31 bis, pero que no están directamente relacionadas con el comercio de la persona y su explotación laboral posterior, como es el caso de la utilización de sociedades instrumentales para financiar o canalizar los beneficios obtenidos por la organización criminal a los efectos, por ejemplo, de blanquear las ganancias obtenidas. Es favorable a la disolución de estas sociedades instrumentales vinculadas al fenómeno de la trata, Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos...*, op. cit., p. 167.

existe con una finalidad intrínsecamente delictiva. Con ello se aligeran los requisitos para la sanción, puesto que aquí no tiene sentido alguno hablar de una responsabilidad penal fundamentada en la noción de autorregulación regulada. Tampoco entra en juego en la vía de sanción del art. 129 la necesidad de que el delito haya sido en beneficio directo o indirecto, a pesar de que la finalidad última de este tipo de criminalidad es, precisamente, la obtención de un rédito económico derivado del comercio de personas.

Partiendo, pues, de esta premisa, resulta a mi juicio cuestionable la eficacia de este régimen de sanción, principalmente debido a la brecha existente entre la tipología de ente implicado en el delito y la tipología de consecuencia accesoria imponible. Descartada en estos casos la posibilidad de imponer una multa o la disolución por razones de legalidad ya apuntadas en otro momento de este trabajo, un rápido vistazo a los arts. 129 y 33.7 CP pone de manifiesto que el legislador español ha aglutinado bajo un mismo paraguas clases de agrupaciones sin personalidad jurídica muy dispares (tendría la misma cabida una organización criminal, una sociedad irregular, una UTE o un empresario individual, por enumerar algunos ejemplos) para luego equipararlas en el plano de la sanción bajo unos requisitos de imposición comunes. En el caso de una organización criminal, preordenada a la comisión de delitos, resulta difícilmente imaginable que el juez tome la decisión ponderada de imponer una intervención judicial o una inhabilitación especial para obtener ayudas o subvenciones públicas o para contratar con

la Administración. Además, aunque el catálogo de sanciones que pueden entrar en juego es más amplio, resulta cuestionable que entonces su duración sea temporal, pues el único caso en los que la consecuencia accesoria imponible puede tener carácter definitivo es la prohibición de actividades.<sup>61</sup> Y un último apunte. Si es posible según la ley suspender las actividades de una organización criminal, o prohibirlas, resulta chocante que, a su vez, no puedan ser «disueltas». El legislador acoge una noción estrictamente jurídica de esta sanción, conectada con la pérdida de personalidad jurídica, pero no hay razón para negarle un sentido fáctico. En refrendo de lo anterior ha de indicarse que el delito de pertenencia a una organización criminal del art. 570 bis es uno de los pocos tipos penales que exclusivamente quedan adscritos al régimen de consecuencias accesorias, por la propia naturaleza del ente implicado y, sin embargo, sí contempla expresamente la disolución con carácter obligatorio, además de la posibilidad de imponer cualquiera de las consecuencias accesorias reguladas en el art. 33.7 CP.<sup>62</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse además que no siempre está implicada una organización criminal en el delito de trata. Se ha indicado anteriormente que la trata es expresión de una criminalidad organizada y mayoritariamente transnacional, pero a medida que se va avanzando en el estudio criminológico de este fenómeno, especialmente en el proceso de esclavización para la explotación laboral no sexual, se constata que no siempre están implicadas organizaciones de gran envergadura en el caso espa-

61 Estas consideraciones son extrapolables a cualquier tipo penal, con independencia de que tenga previsto la aplicación del 31 bis o del 129, cuando se vincula con la criminalidad organizada.

62 A menos que en estos casos el legislador haya contemplado un régimen específico de sanción por la vía del art. 129 para la organización criminal, con independencia de que posea o no personalidad jurídica, y ajeno, por tanto, al criterio formal que delimita el ámbito de aplicación de los arts. 31 bis y 129, lo que resultaría extrapolable igualmente al delito de asociación ilícita, con la misma regulación. Aunque no es posible entrar a esta cuestión en los límites de este trabajo, considero que sería una interpretación conveniente político-criminalmente, pues lo que está claro es que una organización criminal es incompatible con la filosofía preventiva de delitos que subyace en el *compliance* penal.

ñol, pudiendo ser grupos de tres o más personas en las que sí existe un reparto de tareas entre los miembros, pero difícilmente encuadrables en la definición de organización criminal. Además de su estructura simple, tampoco necesitarían de un gran despliegue de medios, algo especialmente característico en la servidumbre doméstica.<sup>63</sup> Incluso todas las fases de la trata pueden ser realizadas por la misma persona individual, generalmente compatriota de las víctimas, sin necesidad de complejas infraestructuras y beneficiándose posteriormente de la explotación de la víctima.<sup>64</sup> Paradigmática resulta en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, N.º 196/2017, de 24 de marzo, en un caso en el que las víctimas eran personas con riesgo de exclusión social, algunos de ellas malviviendo de la mendicidad, con minusvalías físicas y psíquicas.

Ahora bien, el art. 129 enumera con enorme laxitud la tipología de ente implicado, de manera que a pesar de la sencillez de la estructura involucrada en la trata podrían tener cabida en el concepto de «grupo» o «agrupaciones de personas». En este sentido, el grupo criminal viene definido en el art. 570 ter, por el que se tipifica la pertenencia a un grupo criminal, según el cual es «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal [...], tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». En consecuencia, es extrapolable con mayor motivo el mismo cuestionamiento de la idoneidad de las sanciones aplicables que para las agrupaciones de personas que reúnan las características de una organización criminal.

### *Delincuencia empresarial en la trata con fin de explotación laboral: diferenciación de supuestos*

La posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica por el delito de trata de seres humanos y, derivadamente, la idoneidad del art. 31 bis para desplegar una eficacia preventiva, requiere diferenciar la realización de la conducta típica (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, intercambiar o transferir el control sobre las personas) en conexión con los medios comisivos (violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad), o el aprovechamiento de la finalidad explotadora. Es relevante partir, por tanto, de esta distinción en atención a la estructura típica del art. 177 bis a los efectos de ofrecer en cada caso un tratamiento particularizado. La doctrina que ha abordado la cuestión, sin embargo, ha destacado al respecto que, si no se materializa la explotación pretendida, la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica resulta problemática, debido a la necesidad de acreditar los requisitos legales del art. 31 bis y, en consecuencia, la obtención de un beneficio para la persona jurídica que pueda ser cuantificable a los efectos de la imposición de la pena de multa proporcional que establece el art. 177 bis.<sup>65</sup> Argumento que, a mi juicio, resulta incompleto por las consideraciones que se van a efectuar a lo largo de este epígrafe. Para ello se diferenciará, según se acaba de señalar, la implicación de una persona jurídica en el proceso de comercio de la persona o en la fase de explotación de ésta.

Aunque se ha señalado que la trata con fin de explotación laboral no suele necesitar de una gran estructura ni complejidad operativa, funcionando muchas veces por medios

63 Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada, L., «La dimensión laboral de la trata de personas en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 11, 2009, pp. 15-16; Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos como...», *op. cit.*, p. 120.

64 Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada, L., «La dimensión laboral...», *op. cit.*, pp. 15-16.

65 Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos...*, *op. cit.*, p. 227.

informales de captación de las víctimas,<sup>66</sup> el eventual protagonismo en esta fase lo pueden adquirir las empresas de trabajo temporal, agencias de colocación, agencias de publicidad, agencias de viajes o agencias de transporte, por señalar los supuestos más habituales. En estos casos la posibilidad de una atribución de la responsabilidad en su contra pasa lógicamente por el cumplimiento de los requisitos del art. 31 bis. Centrándonos en los elementos claves del sistema (beneficio y existencia o no de un programa de prevención de delitos), no parecen suscitarse especiales problemas de acreditación, en contra de lo indicado *supra* por parte de la doctrina.

Respecto del beneficio, debe advertirse que con la reforma producida por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, la anterior referencia a que el delito se cometa «en provecho» de la persona jurídica se ha sustituido por la noción del beneficio directo o indirecto. Así, el beneficio se puede manifestar de muy diversas maneras:<sup>67</sup> un beneficio económico, un ahorro de costes, una mejor posición en el mercado, un objetivo estratégico o reputacional. Y a este respecto la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado ha indicado que en la constatación de este elemento los fiscales deben ser creativos, siendo suficiente, por ejemplo, el que la actividad delictiva cometida sirva o coadyuve a la existencia o mantenimiento de la persona jurídica.

En cuanto a la existencia de un *compliance* penal, la respuesta jurídico-penal dependerá de dos variables: por un lado, del grado de complejidad organizativa que presenta la empresa; de otro, del nivel de actividad ilícita que desarrolle. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, N.º 154/2016,

siguiendo la Circular 1/2016, considera que solo serán penalmente responsables las personas jurídicas que tengan un sustrato material suficiente. Así, sistematiza tres categorías de personas jurídicas: 1) personas jurídicas imputables que operan con normalidad en el mercado, estando mejor o peor organizadas; 2) personas jurídicas que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, y que son imputables en la medida en que tengan un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad; 3) personas jurídicas inimputables de carácter meramente instrumental, puesto que no tendrían ninguna actividad legal o sería meramente residual o aparente para un propósito delictivo. En consecuencia, solo las dos primeras son realmente destinatarias de las previsiones del art. 31 bis y ss., ya que solo en ellas tiene sentido realmente hablar de implementar programas de cumplimiento normativo. En el mismo plano que las personas jurídicas inimputables situaría la Circular (aunque sobre ello no se pronuncia el Tribunal Supremo) a las sociedades en las que existe una identificación absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, por exigirle el principio *non bis in ídem*.<sup>68</sup>

Con estos mimbres es fácil advertir que en el caso de las empresas involucradas en el momento de captación y movilización de la víctima, si no es posible apreciar un beneficio directo de la mano de una contraprestación de la víctima para la gestión o tramitación del supuesto empleo fraudulento que se les ofrece con apariencia de verosimilitud o cualquier otro servicio prestado por la agencia, o por la vía de la contraprestación o comisión que le proporciona la organización criminal para fidelizar o retribuir la colaboración de

66 Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada, L., «La dimensión laboral...», *op. cit.*, pp. 10-11.

67 En cualquier caso, el beneficio se interpreta de manera objetiva, de forma que es suficiente con que exista una objetiva tendencia de la acción a conseguirlo, aunque finalmente no se produzca.

68 *Vid.*, solo ahora, de entre la extensa bibliografía existente sobre esta cuestión, Gómez-Jara Díez, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 74 y ss.

la empresa en el proceso, sí estaría presente en el hecho de que la contribución de estas agencias en el delito les permite seguir desarrollando su actividad de intermediación. La supuesta dificultad para cuantificar tal manifestación del beneficio se neutraliza, además, por lo dispuesto en el art. 52.4 CP. En él se recoge una cláusula de conversión de la multa proporcional con que se sanciona a la persona jurídica a una pena pecuniaria por días-multa cuando sea imposible proceder al cálculo del beneficio.<sup>69</sup> No queda, pues, vacía de contenido la imposición de la pena de multa, ni tampoco queda vetada, por lo demás, la posibilidad de imponer otras consecuencias accesorias del art. 33.7 CP. Tratándose de supuestos de reincidencia cualificada y de instrumentalización para la comisión de delitos, ello puede llevar, incluso, a la disolución de la persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el art. 66 bis CP.<sup>70</sup>

Pero queda la cuestión de la existencia o no de un programa eficaz de prevención y, en su caso, de si este ha sido eficaz. El enfoque pasa por recordar que el art. 177 bis solo castiga la modalidad dolosa de la trata, no se ha incriminado el castigo por imprudencia. Y además deberá tenerse en cuenta las variables de nivel de complejidad organizativa y de actividad legal/ilegal de la empresa. Así, se apuntan algunos de los supuestos que se pueden presentar.

En el caso más extremo la persona jurídica implicada es una extensión de la propia organización o del tratante o tratantes, una sociedad creada para dotar de apariencia de verosimilitud a la actividad ilegal realizada e instrumentalizada para la captación y/o movilización de la persona. En casos como éstos no es que el delito sea fruto de un fallo de un programa de prevención, es que directamen-

te es una entidad preordenada a la comisión del delito. En supuestos de colaboración de terceras empresas, la colaboración del sujeto debe ser, en todo caso, dolosa. A partir de ahí, la posibilidad de vincular la responsabilidad penal de la persona jurídica vendrá determinada en función del sujeto concreto que lleve a cabo la conducta, en atención a las letras a) y b) del art. 31 bis y de que se acrediten en cada caso los requisitos que ahí se establecen. Aún a riesgo de inexactitud dogmática al respecto y sintéticamente, la responsabilidad puede surgir tanto si existe connivencia de la persona jurídica, bien porque la actuación dolosa de la concreta persona física que realiza la conducta típica se enmarca en un contexto empresarial de tolerancia o fomento de ésta, bien porque sin existir explícitamente esta permisividad, han fallado gravemente los controles internos para detectar y prevenir la conducta realizada.

En relación con la fase de explotación laboral, lo primero que debe señalarse es que en España un elevado porcentaje de las personas que son víctimas de trata de seres humanos con esta finalidad trabaja en el sector privado (agricultura, hostelería, servicio doméstico o construcción serían los ámbitos más destacados), por lo que la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para las empresas que se aprovechan del trabajo de las víctimas en condiciones inhumanas resulta, a mi juicio, fundamental. Esto se manifiesta doblemente, tanto en el plano represivo frente a la conducta realizada, como principalmente como instrumento de compromiso y colaboración de las empresas para luchar contra esta despreciable vulneración de los derechos humanos mediante el desarrollo e implementación de programas de cumplimiento corporativo. Porque uno de

69 En el mismo sentido, Díaz Morgado, C. V., «El delito de trata...», *op. cit.*, p. 228.

70 Considera que en los casos de personas jurídicas que desarrollen funciones de empresas de trabajo temporal y agencia de colocación tendría sentido imponer, de forma complementaria, la clausura de locales con la intención de neutralizar los lugares donde se explotan a las víctimas, Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos...*, *op. cit.*, p. 168.

los factores que actúan como causa de la trata es la demanda de mano de obra barata, de manera que las medidas de prevención deben centrarse, entre otros factores causales, en desincentivar la demanda. De ahí que deba valorarse positivamente el que desde instancias internacionales se haya puesto en el foco de mira desde hace algunos años el papel que asumen las empresas en el proceso de trata y, en este sentido, la necesidad de que pongan en marcha políticas empresariales destinadas a cortar su vínculo con este fenómeno.<sup>71</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en la explotación laboral por parte de la empresa no se plantean problemas en la determinación del beneficio, que se expresa en el ahorro que supone el impago del salario que corresponde a la persona esclavizada o del pago de un salario inferior al que le correspondería pagar por una persona trabajadora en las mismas condiciones.<sup>72</sup> Pero en lo relativo a la existencia o no de un programa de prevención de delitos y su eficacia, aunque en principio pudieran ser extrapolables, *mutatis mutandi*, las mismas situaciones analizadas en el proceso de captación y movilización, las cosas se presentan algo más complejas, debido principalmente a que el delito a que da lugar la explotación es distinto del delito de trata.

Si la empresa ha participado dolosamente en la trata, entendiéndolo por ello la actuación dolosa de alguno de sus integrantes conforme a lo dispuesto en las letras a) y b) del art. 31 bis o, en su caso, es considerada partícipe de este delito, se abre la vía al castigo de la persona

jurídica por el art. 177 bis, puesto que la aplicación del art. 31 bis es posible tanto si la persona física es responsable a título de autoría como de participación, e igualmente tanto si el delito está consumado o en grado de tentativa.

Por su parte, si la empresa no ha intervenido en el proceso de esclavización pero explota a la víctima imponiéndole un trabajo forzado,<sup>73</sup> se recordará que no existe una tipificación expresa de las formas más severas de explotación laboral, por lo que conforme al principio de legalidad, la respuesta jurídico-penal en estos casos debiera ser la de un delito contra la integridad moral del art. 173.1, en el que no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si, por el contrario, se está de una situación en la que se ha realizado el proceso de captación y traslado, igualmente sin intervención de la empresa, pero la explotación laboral sufrida no alcanza este estadio de gravedad, esto es, no se trata de imponer forzosamente la condición de trabajador (o negarle a renunciar a esa condición), sino que se trata de sometimiento a unas condiciones laborales abusivas en el sentido del art. 311.1 CP o, en caso de un inmigrante irregular, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos laborales según el art. 312.2 CP, tampoco es posible comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues el régimen para los delitos laborales es el de las consecuencias accesorias del art. 129, con la disfuncionalidad que ello supone y que se ha analizado en su momento.

71 *Vid.*, al respecto, UNODC, *Combating trafficking in persons. Handbook for parliamentarians*, N.º 16, 2009, apartado 5.8 (disponible en [https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/human\\_trafficking\\_indicators/Handbook\\_for\\_Parliamentarians\\_tafficking\\_in\\_persons\\_English\\_.pdf](https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/human_trafficking_indicators/Handbook_for_Parliamentarians_tafficking_in_persons_English_.pdf)). Especialmente crítico, no obstante, con esta iniciativa en el ámbito específico de la trata con fin de explotación sexual, tanto por la falacia de distinguir entre empresas legítimas o no legítimas, como por el hecho de que no es posible fomentar buenas prácticas empresariales sin utilizar coercitivamente para su eficacia el recurso al derecho penal, García Rivas, N., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata...», *op. cit.*, p. 67.

72 Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada, L., «La dimensión laboral...», *op. cit.*, p. 11.

73 Las consideraciones que se realizan son válidas tanto si la empresa explotadora es sabedora de que la persona explotada es víctima de un delito de trata (pero sin haber intervenido en este) como si no. Se recordará, además, que el legislador español no ha transpuesto esta conducta que sí está recogida en la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, en su art. 9.1.d).

## Valoración final

El anterior análisis ha puesto de manifiesto que, a pesar de la íntima conexión existente entre la criminalidad empresarial con las diversas formas de explotación laboral económica que han vertebrado el presente trabajo, el alcance real de la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta limitado, tanto por la vía de los delitos laborales como en el delito de trata de seres humanos. A pesar de la insistencia con la que desde instancias internacionales y nacionales se apela a que las empresas incorporen en el desarrollo de su actividad empresarial buenas prácticas y protocolos encaminados a instaurar una política de actuación ética y de tolerancia cero frente a los abusos cometidos en este ámbito, su eficacia depende, en buena medida, de la existencia de medios conminatorios, entre los que se encuentra como mecanismo de control social altamente formalizado el derecho penal. Con independencia del castigo penal de la concreta persona o personas físicas a las que se pueda imputar objetiva y subjetivamente los tipos penales en juego, resulta igualmente necesario prever mecanismos jurídico-penales que actúen en la raíz del problema, en la medida en que el delito cometido sea expresión de una criminalidad sistemática de empresa.

Algunas de las deficiencias de la regulación penal española lograr lo anterior han quedado reflejadas a lo largo de este análisis. Por un lado, la necesidad de tipificar autónomamente las formas más severas de explotación laboral que dan lugar a la trata de personas con este fin, así como abordar una revisión de estos atentados tan graves a la dignidad humana para abarcar otros supuestos de vulneraciones graves a los derechos de las personas trabajadoras en el marco del actual contexto socio-económico. Lo anterior habría de complementarse, por otro lado, con una adecuada regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ám-

bito de los delitos laborales y en los nuevos tipos penales que castiguen las formas más severas de explotación laboral, lo que permitiría superar los problemas que plantea la aplicación del art. 31 bis en el delito de trata, específicamente en la fase de explotación.

## REFERENCIAS

- Bacigalupo Sagesse, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley*, N.º 7541, 2011.
- Dauis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- De la Mata Barranco, N. y Hernández Díaz, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), De la Mata Barranco, N. (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 227-248.
- Díaz Morgado, C. V., «El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario» (Tesis doctoral dirigida por los profesores Drs. Olesti Rayo y Corcoy Bidasolo), Universidad de Barcelona, 2014.
- Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española», en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, N.º 1, 2012.
- Faraldo Cabana, C., «Algunos aspectos de la reforma penal: irresponsabilidad penal de la empresa por los delitos contra los derechos de los trabajadores. ¿Siguen siendo posible aplicar las consecuencias accesorias?», en *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 34, 2013.
- Feijoo Sánchez, B. J., «Cap. XII. El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en

Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. J. y Gómez-Jara Díez, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 301-311.

Fiscalía General del Estado. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial*, Madrid, 2019. Disponible en <http://www.lifeinvasqua.com/main-files/uploads/2019/09/MEMORIA-2019.pdf>

García Rivas, N., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas», en Lloria García, P. (dir.), Cruz Ángeles, J. (coord.). *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, pp. 59-79.

Gil Nobajas, M. S., «Personas jurídicas versus entes sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 29, 2018, pp. 1-44.

Giménez-Salinas Framis, A., Susaj, G. y Requena Espada, L., «La dimensión laboral de la trata de personas en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 11, 2009.

Gómez Martín, V., «El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-Bdef, 2009, pp. 227-280.

Gómez-Jara Díez, C., *El tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del derecho penal del trabajo?», en

*Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 20, 2018, pp. 65-85.

López Muñoz, J., *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*, Madrid, Dykinson, 2015.

López Rodríguez, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina* (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Pomares Cinta, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Ramón Ribas, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en De la Cuesta Aguado, P. M., Ruiz Rodríguez, L. R., Alcalé Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M. J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I. y Ríos Corbacho, M. J. (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 991-1002.

Rodríguez Montañés, T., «Trata de seres humanos y explotación laboral: reflexiones sobre la realidad práctica», en *La Ley Penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 109, 2014.

Terradillos Basoco, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», en Demetrio Crespo, E. y Nieto Martín, A. (dirs.). *Derecho penal económico y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 215-243.

Trapero Barreales, M. A., «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial

- y de las políticas migratorias», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.<sup>a</sup> época, vol. 3, N.º 114, 2014, pp. 5-44.
- UNODC, *Combating trafficking in persons. Handbook for Parliamentarians*, N.º 16, 2009.
- Villacampa Estiarte, C., «La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada: especial referencia al derecho positivo español», en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 113-156.
- Villacampa Estiarte, C., «Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», en *InDret, revista para el análisis del derecho*, N.º 2, abril 2014, pp. 1-30.
- Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- Zúñiga Rodríguez, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.

# Las repercusiones de la psicopatía en la imputabilidad. Un análisis de la jurisprudencia y una propuesta de aplicación en el Derecho Penal español

*The impact of psychopathy on imputability.  
An analysis of case law and a proposal for  
application in Spain criminal law*

ITZIAR CASANUEVA SANZ  
Universidad de Deusto (España)  
itziar.casanueva@deusto.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1461-3601>



Recibido:  
13/11/2020

Aceptado:  
10/01/2021

## Resumen

En este trabajo se hace un análisis de la repercusión que la psicopatía puede tener en la imputabilidad y, por lo tanto, en la responsabilidad penal del sujeto que la padece teniendo como referencia el ordenamiento jurídico penal español. Debido a la confusión terminológica existente al respecto, se hará referencia también a los trastornos de la personalidad, principalmente al trastorno antisocial de la personalidad. Este análisis tiene como eje central la jurisprudencia más reciente del TS español que será objeto de estudio y permitirá plantear cuál es la manera más adecuada de valorar la imputabilidad en estos casos; en concreto, se analizará la posibilidad de aplicar la eximente y atenuantes de los arts. 20.1, 21.1 y 21.7 del CP español al entender que estos trastornos afectan, principalmente, a la afectividad y al control de los impulsos. Tratándose la imputabilidad de un elemento del delito que exige el análisis de las capacidades psíquicas del individuo, su estudio requiere de las aportaciones de las ciencias de la salud; aportaciones que el derecho no puede ignorar, sino que, en la medida de lo posible, debe tener en cuenta. Por este motivo, a lo largo de todo el texto son frecuentes las referencias a estas ciencias, sobre todo al DSM-5 y la CIE-10, dos clasificaciones internacionales de los trastornos mentales que cuentan con el aval de prestigiosos psiquiatras.

## Palabras clave

Psicopatía, trastorno antisocial de la personalidad, trastorno de la personalidad, imputabilidad, eximente, atenuante.

## Abstract

This work aims at analysing the repercussion that psychopathy may have on the criminal imputability and, therefore, on the criminal liability of the person who suffers it, taking as a reference

the Spanish criminal legal system. Due to the existing terminological confusion in this regard, the work also refers to personality disorders, mainly antisocial personality disorder. This analysis has as its central axis the most recent case law of the Spanish Supreme Court, which is the object of this study and allows us to propose what is the most appropriate way to assess criminal imputability in these cases. Specifically, this paper debates the possibility of applying the circumstances for exonerating and mitigating the criminal penalty of articles 20.1, 21.1 and 21.7 of the Spanish Penal Code when these disorders affect, mainly, affectivity and impulse control. Since imputability is an element of the definition of the crime that requires the analysis of the individual's psychic abilities, its study requires the contributions of the health sciences; contributions that cannot be ignored by the law. On the contrary, they must be taken into account, as far as possible. For this reason, throughout the text there are numerous references to these sciences, especially the DSM-5 and ICD-10, two international classifications of mental disorders that have the endorsement of prestigious psychiatrists.

### Keywords

Psychopathy, antisocial personality disorder, personality disorder, criminal imputability, exonerating circumstance, mitigating circumstance.

### Introducción

Este trabajo tiene como objetivo llevar a cabo un análisis de las repercusiones que puede tener la psicopatía en la imputabilidad del sujeto que la sufre;<sup>1</sup> en concreto, se planteará la posibilidad de aplicar alguna de las exenciones y atenuaciones de la responsabilidad penal contempladas en el Código Penal español.

La figura del psicópata siempre me ha resultado atractiva como objeto de estudio. Se suele presentar como una persona cruel, despiadada, sin escrúpulos, sin empatía, que no se arrepiente del daño que hace, que distingue perfectamente lo que está bien de lo que está mal y que, si lleva a cabo un hecho ilícito, resulta adecuado y necesario el castigo al considerarles completamente responsables de sus actos. De hecho, en numerosas ocasiones, la gravedad de los delitos cometidos implica la imposición de penas muy elevadas.

Pero, ¿y si estamos ante sujetos que tienen afectada su imputabilidad, es decir, su «capacidad de comprender la ilicitud del hecho» o «actuar conforme a esa comprensión» en palabras del CP español?; ¿y si no estamos ante una forma de actuar libre ni voluntaria, sino que estos comportamientos tienen origen en algún tipo de alteración (física y/o psíquica)?; ¿y si lo que tenemos que hacer es atenuar o incluso eximir de responsabilidad penal a los autores de esos hechos?

Esta reflexión resulta similar a la que se empezó a hacer, hace ya muchas décadas, en relación con las personas que sufrían una drogodependencia; pasaron de ser considerados plenamente imputables y responsables de los hechos ilícitos cometidos, a la situación actual en la cual nadie niega los efectos que el consumo de drogas continuado puede tener en la imputabilidad del consumidor.

---

1 Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021 (Referencia RTI2018-095155-A-C22), así como del proyecto de investigación «Alternativas de justicia social ante el Derecho Penal de exclusión», financiado por Aristos Campus Mundus para los años 2019-2020 (Resolución ACM/R/2019, de 29 de marzo de 2019).

Con el objetivo de responder a estas preguntas, comenzaremos tratando cuestiones terminológicas puesto que, como se verá, junto al término psicopatía, también se utilizan otros como trastorno antisocial de la personalidad (TAP) o trastorno de la personalidad (TP), a veces para referirse al mismo fenómeno y a veces para referirse a fenómenos distintos. Posteriormente, estudiaremos cuáles son las características de estos trastornos, así como sus criterios diagnósticos. El tercer bloque de este trabajo se dedicará a analizar los efectos que estas alteraciones pueden tener en la imputabilidad del sujeto que las sufre, en concreto, se estudiará la posibilidad de aplicar la eximente y las atenuantes de los arts. 20.1, 21.1 y 21.7 del CP español, deteniéndonos uno por uno en los requisitos de dichas circunstancias. Finalmente, se llevará a cabo una recopilación de las conclusiones extraídas, así como unas reflexiones finales.

Para llevar a cabo esta tarea se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde el año 2015 hasta la actualidad, limitando la búsqueda a las resoluciones que incluían referencias a la psicopatía o al TAP y descartando las que se referían solo al TP. En relación con la bibliografía trabajada, considerando que en un estudio de la imputabilidad son fundamentales las aportaciones de las ciencias de la salud y aceptando, como se irá viendo a lo largo de las páginas siguientes, que entre los expertos de estas ciencias existe disparidad de opiniones en relación con los trastornos de los que nos estamos ocupando, se ha optado por analizar principalmente las dos

clasificaciones de los trastornos mentales que gozan de mayor consenso en el ámbito internacional, el DSM-5 y la CIE-10. Además de estas dos clasificaciones, también se han analizado otras referencias doctrinales, tanto del mundo de las ciencias de la salud como del derecho, pero sin ánimo de gran exhaustividad y siempre orientadas a completar y entender la jurisprudencia y las citadas clasificaciones.

### Dificultades conceptuales

La lectura de prácticamente cualquier texto sobre la psicopatía evidencia la existencia de similitudes entre este fenómeno y los TP, en concreto, el TAP, hasta el punto de que, en ocasiones, parece difícil distinguir un trastorno de otro, otras veces parecen identificarse y, en algunas ocasiones, no queda clara la relación existente entre ellos. Algo similar ocurre con la jurisprudencia del TS español. Un primer acercamiento a las resoluciones de este tribunal evidencia que, junto con el término psicopatía, se utilizan los de TP y TAP aunque la mayoría de las veces no se puede determinar claramente el uso que se hace de cada uno de ellos.<sup>2</sup>

En este apartado se intentará clarificar, dentro de lo posible, la relación existente entre estos tres fenómenos y, en su caso, determinar su contenido. En primer lugar, se hará referencia a la jurisprudencia del TS, posteriormente analizaremos lo que dicen las ciencias de la salud al respecto y también nos referiremos a otras opiniones doctrinales para, finalmente, posicionarnos al respecto.

2 Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación de la psicopatía con el trastorno antisocial de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 19, 2017, pp. 8 y ss.; Lorenzo García, F. y Agustina, J. R., «Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del derecho penal de la peligrosidad», en *Política criminal*, vol. 11, N.º 21, julio 2016, pp. 72 y ss.; Dujo López, V. y Horecajo Gil, P. J., «La psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal», en *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 17, N.º 1, 2017, pp. 69-88; Moreno-Manso, J. M., García-Baamonde Sánchez, M. E., Blázquez Alonso, M., Guerrero Barona, E. J. y Guerrero Molina, M., «Psicópatas versus trastornos de la personalidad: matices clínico-conceptuales y aspectos diferenciales», en *Summa Psicológica UST*, vol. 16, N.º 1, 2019, pp. 53-59; Requejo Conde, C., «Tratamiento de la psicopatía en la jurisprudencia penal española. El camino hacia un nuevo enfoque de la imputabilidad penal», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 27, 2017, pp. 7 y ss.

### *Análisis jurisprudencial*

Para llevar a cabo esta investigación se ha limitado la búsqueda de jurisprudencia a resoluciones en las que apareciera el término «psicopatía» o «trastorno antisocial de la personalidad»<sup>3</sup> y la conclusión es que, salvo excepciones,<sup>4</sup> estas sentencias equiparan el término psicopatía con TP. Algunas indican que en la actualidad se utiliza la expresión TP para referirse a lo que «antes» eran las psicopatías,<sup>5</sup> mientras que otras utilizan las dos expresiones separadas por la conjunción disyuntiva «o» (trastornos de la personalidad o psicopatías) dando a entender que ambas pueden utilizarse, en la actualidad, como sinónimos.<sup>6</sup>

### *Las ciencias de la salud*

Como se ha adelantado en la introducción, el jurista no puede desconocer las aportaciones de las ciencias de la salud en relación con las cuestiones objeto de este estudio; al contrario, debe tenerlas muy presentes, puesto que se trata de áreas de conocimiento ajenas al derecho, pero necesarias para una correcta aplicación del mismo. Por este motivo, en

este trabajo, van a ser continuas las referencias al DSM y a la CIE.

El DSM-5 y la CIE-10 son dos clasificaciones internacionales de los trastornos mentales resultado del consenso al que han llegado un gran número de expertos con el objetivo de unificar aspectos terminológicos y criterios diagnósticos en relación con dichos trastornos. «DSM-5» son las siglas utilizadas para referirse a la quinta edición del *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría.<sup>7</sup> La «CIE-10», por su parte, corresponde a la décima revisión de la «Clasificación Internacional de las Enfermedades» elaborada por la OMS, cuyo capítulo V,<sup>8</sup> que es el que aquí interesa, tiene como rúbrica: «Trastornos mentales y del comportamiento».<sup>9</sup> La OMS publicó el 18 de junio de 2018 la CIE-11 que se presentó en la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2019 para su adopción por los Estados miembros y entrará en vigor el 1 de enero de 2022. A pesar de que todavía queda bastante tiempo para su entrada en vigor, en alguna ocasión vamos a referirnos a esta versión de la CIE puesto que, como se verá, plantea novedades importantes en relación con los TP.

3 No se han seleccionado aquellas en las que solo se hacía referencia al TP en general.

4 La STS N.º 63/2018, de 6 de febrero, por ejemplo, indica que el sujeto tenía un diagnóstico compatible con un «trastorno de personalidad de tipo antisocial con detección de psicopatía en grado alto»; expresión con la que parece no identificarse totalmente las dos expresiones.

5 SSTS N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo.

La STS N.º 478/2019, de 14 de octubre se refiere también al término caracterópata, como término utilizado antiguamente como sinónimo de psicópata.

6 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 38/2019, de 31 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 168/2016, de 2 de marzo; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

7 Asociación Americana de Psiquiatría *DSM-5. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Traducción del Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, publicado por la American Psychiatric Association (APA) en el año 2013, Editorial Médica Panamericana, 2014. En adelante, se cita como DSM-5.

8 Esta clasificación se estructura en 22 capítulos, referido cada uno de ellos a un tipo de enfermedades: enfermedades infecciosas y parasitarias, enfermedades del sistema nervioso, del sistema circulatorio, del aparato digestivo, etc.

9 Organización Mundial de la Salud. *CIE 10: Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*. Madrid, Editorial Meditor, 1992. Traducción de OMS, *The ICD-10 Classification of mental and behavioural disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines*, Ginebra, 1992. La edición española ha sido dirigida por J. J. López-Ibor Aliño. En adelante, se cita como CIE-10.

Como señalan las propias clasificaciones, sus redactores no las elaboraron con el objetivo de ser utilizadas en el ámbito legal,<sup>10</sup> por eso hay que tener cuidado cuando se hace este uso de ellas y tener en cuenta su contenido con cautela. No pretendemos diagnosticar ningún trastorno ni «hacer» de psiquiatras, el objetivo de trabajar estas clasificaciones es el de conocer lo mejor posible lo que dicen las ciencias de la salud con el objetivo de poder aplicar de manera más adecuada el derecho.

Se ha optado por tener como referencia estas dos clasificaciones puesto que, como indica el propio TS, «en la propia bibliografía médica especializada persisten las discusiones» sobre la naturaleza, origen, clasificación, efectos y posibilidad de tratamiento terapéutico de la psicopatía, los TP y el TAP.<sup>11</sup> Siendo esto así y asumiendo dicha disparidad de opiniones entendemos que tanto el DSM como la CIE cuentan con el aval de un importante sector de profesionales que han podido llegar a un mínimo consenso.

### *El DSM-5*

Si miramos el índice del DSM-5 vemos que se hace referencia a los TP en dos momentos, en la sección II (criterios y diagnósticos) y en la sección III (medidas y modelos emergentes), pero no encontramos ningún apartado o epígrafe que haga referencia a la psicopatía.

Puede extrañar que el mismo trastorno aparezca en dos secciones distintas del propio manual, cuestión que aclara el texto al

indicar que hay diferentes puntos de vista en relación con estos trastornos y que, para dar cabida a todos, aparecen en las dos secciones, «el material de la Sección II representa una actualización del texto asociado con los mismos criterios que se encuentran en el DSM-IV-TR, mientras que la sección III incluye el modelo de investigación propuesto para el diagnóstico de trastorno de la personalidad y la conceptualización desarrollada por el Grupo de trabajo sobre la personalidad y los trastornos de la personalidad del DSM-5».<sup>12</sup>

En la sección II, el capítulo dedicado a los TP incluye, entre otros, el TAP<sup>13</sup> indicando que el patrón en que consiste el mismo «también ha sido denominado psicopatía, sociopatía o trastorno de la personalidad disocial;<sup>14</sup>» es decir, parece que el manual equipara el TAP con la psicopatía.<sup>15</sup>

Como he señalado antes, el DSM-5 incluye una sección III que contiene, entre otros, un «modelo alternativo del DSM-5 para los trastornos de la personalidad»; «la perspectiva actual de los trastornos de la personalidad aparece en la sección II del DSM-5 y lo que se presenta aquí, en la sección III, es un modelo alternativo desarrollado para el DSM-5. La inclusión de ambos modelos en el DSM-5 refleja la decisión de los miembros del Consejo Asesor de la APA de preservar una continuidad con la práctica clínica actual, al tiempo que se introduce un nuevo enfoque que tiene como objetivo hacer frente a las numerosas deficiencias de la perspectiva actual de los

10 DSM-5, p. 25.

11 SSTs N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio.

12 DSM-5, p. 645.

13 Se incluye también el trastorno de la personalidad paranoide, esquizoide, esquizotípica, límite, histriónica, narcisista, evitativa, dependiente, obsesivo-compulsiva, cambio de personalidad debido a otra afección médica y otros trastornos de la personalidad especificado y trastorno de la personalidad no especificado. DSM-5, pp. 645 y ss.

14 Como luego se verá, la CIE-10 se refiere al trastorno disocial de la personalidad y suele entenderse que es el equivalente al TAP del DSM-5.

15 DSM-5, pp. 659 y ss.

trastornos de la personalidad». <sup>16</sup> Pues bien, en este modelo alternativo, también se contempla, entre otros, el TAP <sup>17</sup> indicando que al hacer el diagnóstico, «se puede especificar si presenta características psicopáticas» <sup>18</sup> o no, refiriéndose a una variante distinta de este tipo de TP a menudo denominada psicopatía. A diferencia de lo visto en la sección II, aquí parece que la psicopatía sería un tipo concreto, una variante del TAP, pero no el mismo trastorno. Como puede observarse, se hacen patentes las diferencias de opinión existentes entre los profesionales de las ciencias de la salud que no son capaces de alcanzar un consenso en esta cuestión ni siquiera dentro de un mismo texto científico.

#### *La CIE-10*

La CIE-10, por su parte, recoge, bajo la referencia F60-69, los TP y comportamientos del adulto; en el subgrupo F60 se incluye los trastornos específicos de la personalidad y dentro del mismo, en el F60.2 el trastorno disocial de la personalidad. Se indica que este trastorno (el disocial) incluye el TP sociopática, el TP amoral, el TP asocial, el TP antisocial y el TP psicopática. <sup>19</sup>

Esta clasificación parece indicar que el TP antisocial y la personalidad psicopática son tipos de trastorno disocial. Ahora bien, el DSM-5 indicaba que el TAP también se denominaba trastorno disocial, de modo que

este manual parece que entiende que estamos ante el mismo fenómeno, lo que no parece deducirse de la CIE-10.

Ya se ha indicado *supra*, que si bien no está en vigor, ya ha sido aprobado el texto de la CIE-II. En esta clasificación desaparecen los tipos de TP, solo se incluye este trastorno general sin incluir subtipos, lo que se aparta tanto de la tradición de la CIE-10 como del DSM-5 aunque, como enseguida veremos, la manera en la que se define este trastorno en la nueva CIE-II se acerca al contenido de la sección III del DSM-5.

#### *Toma de postura*

La mayoría de la doctrina consultada, tanto psiquiátrica como jurídica, reconocen que existen importantes similitudes entre el TAP y la psicopatía, <sup>20</sup> pero entienden que son fenómenos distintos que no pueden confundirse; menos aún el TP con la psicopatía. <sup>21</sup> En este sentido, es frecuente leer la afirmación de que si bien la mayoría de las personas que sufren una psicopatía cumplen los criterios diagnósticos del TAP, solo un pequeño porcentaje de los que cumplen los del TAP sufren una psicopatía. <sup>22</sup>

Pero esta postura no es la mantenida por las clasificaciones internacionales analizadas ni por el TS en sus resoluciones, tal y como acabamos de ver.

16 DSM-5, p. 761.

17 También se incluyen los trastornos de la personalidad evitativa, límite, narcisista, obsesivo-compulsiva y esquizotípica. DSM-5, p. 761.

18 DSM-5, p. 765.

19 CIE-10, pp. 252 y 253.

20 De manera resumida, Moreno-Manso indica que el TAP se basa en conductas antisociales y delictivas, mientras que la psicopatía se centra en síntomas interpersonales y afectivos. Moreno-Manso, J. M., García-Baamonde Sánchez, M. E., Blázquez Alonso, M., Guerrero Barona, E. J. y Guerrero Molina, M., «Psicópatas versus trastornos...», *op. cit.*, p. 52.

21 Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, p.19; Gudín Rodríguez-Magariños, F., «Trastornos de personalidad. Respuesta penal frente a los nuevos avances neurológicos sobre las disfunciones ejecutivas del cerebro», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 24, 2010, p. 10; Moreno-Manso, J. M., García-Baamonde Sánchez, M.E., Blázquez Alonso, M., Guerrero Barona, E. J. y Guerrero Molina, M., «Psicópatas versus trastornos de la personalidad...», *op. cit.*, 52.

22 Dujo López, V. y Horcajo Gil, P. J., «La psicopatía en la actualidad...», *op. cit.*, p. 72; Gudín Rodríguez-Magariños, F., «Trastornos de personalidad...», *op. cit.*, p. 10; Requejo Conde, C., «Tratamiento de la psicopatía...», *op. cit.*, pp. 4 y 5.

De las resoluciones del TS se desprende que los TP y la psicopatía hacen referencia a la misma realidad y, en consecuencia, se utilizan los dos términos como sinónimos. Esta forma de proceder no parece correcta; si ya es discutible que se pueda equiparar la psicopatía con el TAP, no parece adecuado entender que es lo mismo que los TP, grupo en el que se incluyen trastornos de muy diversa índole, ajenos algunos a las características propias de la psicopatía. Además, esta equiparación no tiene su base ni en la doctrina médica ni en la jurídica,<sup>23</sup> por lo que creo que habría que exigir al TS que la abandonara.

Las clasificaciones internacionales, por su parte, o bien entienden que la psicopatía y el TAP son el mismo fenómeno, o bien que el segundo es una variedad concreta del primero.

Ante esta disparidad de opiniones, resulta complicado sugerir cuál debe ser la terminología utilizada. Resulta difícil exigir al operador jurídico que se posicione en relación con una cuestión que nada tiene de jurídica, como tampoco podemos pedirle que tome partido en una discusión propia de las ciencias de la salud. Los juristas no tenemos por qué entrar en este tipo de discusiones, puesto que exceden nuestros conocimientos, pero sí debemos intentar explicar y argumentar la postura por la que nos decantamos.

En lo que aquí nos interesa, si el TS opta por entender que son anomalías distintas (aunque tengan elementos en común), sería deseable que explicara en qué autores se basa, si opta por entender que se trata del mismo fenómeno o que la psicopatía es una variedad de TAP, debería remitirse a la clasificación internacional en la que fundamenta su postura.

Siendo esto así, a partir de ahora se utilizará frecuentemente la expresión TAP y/o psicopatía, con el objetivo de acoger las posturas que, mayoritariamente, se manejan, tanto en la doctrina jurídica como en la de las ciencias de la salud.

### **Trastornos de la personalidad, trastorno antisocial de la personalidad y psicopatía, su contenido**

En este apartado se va a ofrecer al penalista no experto en psiquiatría unas nociones básicas sobre el contenido de los trastornos que estamos estudiando de manera sencilla y sistemática acudiendo principalmente al DSM-5 y a la CIE-10. Posteriormente se hará referencia a la jurisprudencia del TS español para comprobar si en sus resoluciones utiliza las definiciones y criterios de estas clasificaciones o, en su caso, en qué textos se basa para dar contenido a estos trastornos.

#### ***El DSM-5***

Este manual, en su sección II establece 6 criterios diagnósticos generales de los TP, de la A a la F, siendo de especial interés en esta investigación el criterio A: un patrón permanente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto. Este patrón se manifiesta en dos (o más) de las siguientes áreas: 1. Cognición (formas de percibir e interpretarse a uno mismo, a otras personas y a los acontecimientos); 2. Afectividad (el rango, la intensidad, la labilidad y la adecuación de la respuesta emocional); 3. Funcionamiento interpersonal; 4. Control de los impulsos.<sup>24</sup>

23 Así y todo, indica Aguilar Cárceles, entre otras, que según el «contenido etimológico del concepto psicopatías, podría comprenderse en él cualquier tipo de alteración que afectase a la psique, pudiendo incluso llegar a afirmar que bajo el término psicopatías —en plural—, podrían incluirse cualquiera de las alteraciones mentales reflejadas en los manuales internacionales». A pesar de ello, reconoce que el término, sobre todo utilizado en singular, no se utiliza como sinónimo de alteración psíquica. Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, p. 3.

24 El resto de criterios son los siguientes: B. El patrón persistente es inflexible y se extiende a una amplia gama de situaciones personales y sociales; C. El patrón persistente provoca malestar clínicamente significativo o

A continuación, el manual establece los criterios específicos de los TP concretos siendo el TAP uno de ellos; en este caso el criterio A específico consiste en un patrón dominante de inatención y vulneración de los derechos de los demás que se manifiesta por tres (o más) de los siguientes hechos: 1. Incumplimiento de las normas sociales respecto a los comportamientos legales, que se manifiesta por actuaciones repetidas que son motivo de detención; 2. Engaño, que se manifiesta por mentiras repetidas, utilización de alias o apodos para provecho o placer personal; 3. Impulsividad o fracaso para planear con antelación; 4. Irritabilidad y agresividad, que se manifiesta por peleas o agresiones físicas repetidas; 5. Desatención imprudente de la seguridad propia o de los demás; 6. Irresponsabilidad constante, que se manifiesta por la incapacidad repetida de mantener un comportamiento laboral coherente o cumplir con las obligaciones económicas; 7. Ausencia de remordimiento, que se manifiesta con indiferencia o racionalización del hecho de haber herido, maltratado o robado a alguien.<sup>25</sup>

Como recordará el lector, el DSM-5 indica que este patrón también ha sido denominado psicopatía, sociopatía o trastorno de la personalidad disocial. En palabras de este manual, los sujetos que padecen TAP con frecuencia carecen de empatía y tienden a ser crueles, cínicos y despectivos con los sentimientos, dere-

chos y sufrimientos de los demás; pueden tener una concepción de sí mismos elevada y mostrarse arrogantes, excesivamente obstinados, seguros de sí mismos o engreídos; desprenden un encanto simplista superficial. Completa el DSM este punto indicando que estas tres características (falta de empatía, concepción de sí mismo elevada y encanto superficial) han sido frecuentemente incluidas en la definición tradicional de la psicopatía.<sup>26</sup>

Ya se ha indicado que el DSM-5 incluye una sección III que contiene, entre otros, un «Modelo alternativo del DSM-5 para los trastornos de la personalidad». En este modelo alternativo, los TP se caracterizan por dificultades en el funcionamiento de la personalidad y por rasgos de personalidad patológicos. Los criterios generales del trastorno de la personalidad según este modelo, son 7, de la A a la G, siendo el A y B los que más nos interesan en este momento: Criterio A. Dificultad moderada o grave en el funcionamiento de la personalidad; Criterio B. Uno o más rasgos patológicos de personalidad.<sup>27</sup>

En relación con el criterio A, para determinar la existencia de esa dificultad se diferencia el funcionamiento personal (*self*) e interpersonal; el primero implica la identidad y la autodirección y el segundo, la empatía y la intimidad. El manual desarrolla en la tabla 1 estos elementos y ofrece instrumentos para que los expertos los puedan

---

deterioro de la actividad social, laboral o en otras áreas importantes; D. El patrón es estable y de larga duración, y su inicio se remonta al menos a la adolescencia o edad adulta temprana; E. El patrón persistente no se explica mejor como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental; F. El patrón persistente no es atribuible a los efectos fisiológicos de una sustancia o de otra afección médica DSM-5, pp. 646 y 647.

25 DSM-5, pp. 659.

26 DSM-5, p. 660.

27 Criterio C. Las dificultades en el funcionamiento de la personalidad y la expresión del rasgo de la personalidad del individuo son relativamente inflexibles y se extienden a una amplia gama de situaciones personales y sociales; criterio D. Las dificultades en el funcionamiento de la personalidad y la expresión del rasgo de la personalidad del individuo son relativamente estables a través del tiempo y se inician al menos en la adolescencia o en la edad adulta temprana; criterio E. Las dificultades en el funcionamiento de la personalidad la expresión del rasgo de la personalidad del individuo no se explica mejor por otro trastorno mental; Criterio F. Las dificultades en el funcionamiento de la personalidad y la expresión del rasgo de la personalidad del individuo no son exclusivamente atribuibles a los efectos fisiológicos de una sustancia o de otra afección médica; criterio G. Las dificultades en el funcionamiento de la personalidad y la expresión del rasgo de la personalidad del individuo no se conciben como normales para la etapa de desarrollo de la persona o para su contexto sociocultural. DSM-5, p. 761.

valorar de forma adecuada.<sup>28</sup>

El criterio B se relaciona con los rasgos de la personalidad, definidos como una tendencia a sentir, percibir, comportarse y pensar, de manera relativamente coherente a lo largo del tiempo, y en las situaciones en las que el rasgo se podría manifestar.<sup>29</sup> Los rasgos patológicos de la personalidad se organizan en cinco grandes ámbitos o dominios: la afectividad negativa, el desapego, el antagonismo, la desinhibición y el psicoticismo. Estos cinco grandes dominios se componen de 25 facetas de rasgos específicos entre las que figuran la inestabilidad emocional, ansiedad, sumisión, hostilidad, evitación, anhedonia, depresión, suspicacia, manipulación, falsedad, impulsividad, asunción de riesgos, excentricidad, etc.<sup>30</sup>

El manual menciona la existencia de instrumentos psicométricos formales diseñados para medir las facetas y los dominios específicos de la personalidad.<sup>31</sup>

A continuación, se caracteriza el TAP con las siguientes especificidades:

- Criterio A. Dificultades en dos o más de las cuatro áreas siguientes: 1. Identidad: egocentrismo, autoestima derivada de la ganancia personal, del poder o del placer; 2. Autodirección: el establecimiento de objetivos sobre la base de la satisfacción personal, ausencia de normas internas proporcionales asociadas a una falta de conformidad con el comportamiento legal o ético normalizado culturalmente; 3. Empatía: falta de preocupación

por los sentimientos, necesidades o sufrimiento de los demás, la falta de remordimientos después de herir o maltratar a otra persona; 4. Intimidación: incapacidad para relaciones íntimas mutuamente, por lo que la explotación es el modo fundamental de relacionarse con los demás incluso mediante el engaño y la coacción, el abuso de una posición dominante o la intimidación para controlar a los demás.

- Criterio B. Seis o más de los siete rasgos de personalidad patológicos siguientes: manipulación, insensibilidad, engaño, hostilidad, asunción de riesgos, impulsividad, irresponsabilidad.<sup>32</sup>

Recordará el lector que el DSM-5 indica la posibilidad de especificar si este trastorno presenta características psicopáticas, variante caracterizada por unos niveles bajos de ansiedad y de distanciamiento y altos niveles de búsqueda de atención.<sup>33</sup>

Es interesante destacar, puesto que será útil para valorar el requisito psicopatológico más adelante, que el TAP también se incluye en el DSM-5 en el capítulo de los Trastornos disruptivos, del control de los impulsos y de la conducta.<sup>34</sup> Asimismo, es muy frecuente que concurra con otros TP y con trastornos relacionado con sustancias y trastornos adictivos.<sup>35</sup>

### La CIE-10

En la CIE-10, los criterios generales para el diagnóstico de TP requieren las siguientes pautas: a) actitudes y comportamientos marcadamente faltos de armonía, que afectan

28 Se plantea que el clínico utilice la escala del nivel de funcionamiento de la personalidad ENFP (*Level of personality functioning Scale-LPFS*) para el diagnóstico. En esta escala se emplean estos elementos diferenciando 5 niveles de deterioro, que oscilan entre poco o ningún deterioro, deterioro leve, moderado, grave y extremo. DSM-5, pp. 762 y ss.

29 DSM-5, p. 772.

30 Véase la tabla que figura en las pp. 779-781.

31 Se cita el inventario de personalidad del DSM-5 (*personality inventory for DSM-5, PID-5*), también se alude al modelo de la personalidad conocido como los cinco grandes (*big five*) o modelos de la personalidad de cinco factores (*Five Factor Models, fFM*) así como los dominios de los cinco de la personalidad psicopatológica (*Personality Psychopathology Five, PSY-5*). DSM-5 pp. 773 y ss.

32 DSM-5, pp. 763 y ss.

33 DSM-5, p. 765.

34 DSM-5, p. 461.

35 DSM-5, pp. 476 y 661.

por lo general a varios aspectos de la personalidad, por ejemplo, a la afectividad, a la excitabilidad, al control de los impulsos, a las formas de percibir y de pensar y al estilo de relacionarse con los demás, b) la forma de comportamiento anormal es duradera, de larga evolución y no se limita a episodios concretos de enfermedad mental, c) la forma de comportamiento anormal es generalizada y claramente desadaptativa para un conjunto amplio de situaciones individuales y sociales, d) las manifestaciones anteriores aparecen siempre durante la infancia o la adolescencia y persisten en la madurez, e) el trastorno conlleva un considerable malestar personal, aunque éste puede también aparecer solo en etapas avanzadas de su evolución, g) el trastorno se acompaña, por lo general, aunque no siempre, de un deterioro significativo del rendimiento profesional y social.<sup>36</sup>

Como se ha señalado *supra*, esta clasificación incluye dentro del grupo de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, el trastorno disocial de la personalidad que, recordemos, incluye el TP sociopática, el TP amoral, el TP asocial, el TP antisocial y el TP psicopática.<sup>37</sup>

El trastorno disocial destaca por la gran disparidad entre las normas sociales prevalentes y el comportamiento del sujeto y se caracteriza por: a) cruel despreocupación por los sentimientos de los demás y falta de capacidad de empatía, b) actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales, c) incapacidad para mantener relaciones personales duraderas, d) muy baja tolerancia a la frustración o bajo umbral para descargas de agresividad, dando incluso lugar a un comportamiento violento, e) incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en particular del castigo, f) marcada predisposición a culpar a los demás o a

ofrecer racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo. En ocasiones, puede presentarse irritabilidad persistente.<sup>38</sup>

Aunque hasta el año 2022 no entrará en vigor, resulta obligado hacer una referencia a la CIE-11 y a las modificaciones más relevantes que introduce en relación con los trastornos de la personalidad que caracteriza por tratarse de una alteración profunda de cómo un individuo experimenta y piensa sobre sí, los otros y el mundo, que se manifiesta en patrones mal adaptativos de la cognición, experiencia emocional, expresión emocional y conducta. Estos patrones mal adaptativos son relativamente inflexibles y están asociados con problemas significativos en el funcionamiento psicosocial que son particularmente evidentes en las relaciones interpersonales; la alteración se manifiesta a través de un rango de situaciones personales y sociales (es decir, no está limitada a relaciones o situaciones específicas) y la alteración es relativamente estable en el tiempo y es de larga duración.

La CIE-11 lleva a cabo un cambio radical en la concepción de la personalidad suprimiendo todas las categorías tradicionales, aunque deja como opcional para los especialistas el estudio del trastorno límite o *borderline*. La concepción dimensional de esta clasificación lo separa de la sección II del DSM-5 aunque se acerca a él en su sección III, con una diferencia importante, no analiza el nivel de funcionamiento personal e interpersonal (criterio A en el DSM-5) aunque sí los dominios de rasgos de la personalidad (criterio B en el DSM-5) de manera similar diferenciando la afectividad negativa, disociales, desinhibición, anancásticos y distanciamiento. De hecho, uno de los objetivos de los redactores de esta nueva configuración parece ser el acercamiento progresivo de las dos clasificaciones. Por último, en la

36 CIE-10, p. 250.

37 CIE-10, pp. 252 y 253.

38 CIE-10, p. 252.

CIE-II este trastorno se puede graduar como leve, moderado o severo.<sup>39</sup>

### *Análisis jurisprudencial*

Como se ha señalado *supra*, a pesar de que el análisis jurisprudencial se ha limitado a las sentencias en las que se planteaban cuestiones relacionadas con el TAP y/o la psicopatía (no TP en general), la realidad es que, por un motivo u otro, las únicas definiciones que ofrecen estas resoluciones son las del TP en general, no del TAP. A esto hay que añadir el hecho de que, como se ha indicado en el apartado anterior, en las mismas se identifica TP con psicopatía. En conclusión, las únicas definiciones propias que ofrece el TS son definiciones de TP que, para él, es sinónimo de psicopatía.

De las sentencias analizadas se han identificado las siguientes definiciones que se repiten en varias sentencias y que, como podrá comprobarse, son similares entre ellas. En algunas resoluciones se define el TP como:

[U]n patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro

trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad.<sup>40</sup>

Esta definición coincide con los criterios diagnósticos del TP en el DSM-5 tal y como figuran en la sección II. Hay que aplaudir al TS por utilizar este manual puesto que evidencia la cada vez mayor relevancia que otorga a las ciencias de la salud, asumiendo que no puede ignorarlas, sino que debe partir de sus conocimientos. Ahora bien, sería deseable y no supondría ningún esfuerzo a este tribunal, que mencionara de manera expresa el origen de la definición y que, en lugar de poner como referencia otras sentencias anteriores en la que utiliza la misma definición, hiciera referencia al manual.

Otra definición que puede verse en multitud de sentencias (de hecho, en algunas hace referencia a la anterior y a ésta) identifica los trastornos de la personalidad con «patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves».<sup>41</sup>

Esta definición o conceptualización del TP aparece por primera vez en la STS 1074/2002, de 11 de junio y luego se reitera en otras posteriores, todas ellas citadas por las sentencias analizadas (nota a pie 26), pero no se indica cuál es su origen, de dónde la ha extraído el TS. Si nos remitimos a las

39 Figueroa-Cave, G. «Una nueva propuesta de clasificación de los trastornos de personalidad: la clasificación internacional de enfermedades CIE-II», en *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, vol. 56, N.º 4, 2018, pp. 260-268.

40 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 168/2016, de 2 de marzo.

41 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 716/2018, de 16 de enero; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 206/2017, de 28 de marzo; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

ofrecidas por el DSM o la CIE, vemos que no coinciden con ninguna de ellas; en su caso, responden más bien a lo que es un TP, no un TAP; no aparecen las características propias del TAP o de rasgos psicópatas.

Por último, la STS 478/2019, de 14 de octubre, incluye en su argumentación las dos definiciones citadas y una más en la cual señala que:

[S]on síntomas comunes a todos los trastornos de personalidad, antiguamente llamados psicópatas o caracterópatas: 1.º La desproporción entre estímulos y respuestas (bien físicos o bien psíquicos). 2.º Elementos de personalidad faltos de armonía (entre propósitos y actos, voluntad de instintos, etc.). 3.º Estado de ánimo con frecuencia irregular, inestable, faltando objetividad al enjuiciar sus problemas y los de los demás. 4.º Carencia de déficit intelectual, angustias o delirios (o al menos no se superponen). 5.º Actos impulsivos y torpes, en ausencia de premeditación. 6.º Suele haber mejor desarrollo de la inteligencia práctica que de la verbal. 7.º En épocas más avanzadas de su trastorno pueden angustiarse, neurotizarse, psicotizarse y consumir tóxicos.<sup>42</sup>

Esta enumeración de síntomas aparece por primera vez en la STS 742/2007 de 26 de septiembre y luego se reitera en otras citadas en la propia STS 478/2019, pero no se cita la fuente de la que se ha obtenido y no responde a ninguna de las del DSM o la CIE, si bien es cierto que, en general, responde más bien a lo que puede ser la caracterización de los TP en general, no un TAP o, en su caso, características psicopáticas.

En conclusión, hay que recordar que el TS identifica TP (no TAP) con psicopatía y que las definiciones que ofrece son, por tanto, definiciones de TP, no de TAP; por lo que su planteamiento parece coherente, aunque, como se ha señalado en el apartado anterior, lo que no se comparte es la identificación TP-psicopatía.

Es correcto que en ocasiones el Alto Tribunal se remita a definiciones de las clasificaciones internacionales existentes, de hecho, sería lo más adecuado; lo criticable es la utilización de definiciones propias del ámbito de las ciencias de la salud sin que figure la fuente de la misma, sin que se mencione este origen.

### *La psicopatía como un constructo autónomo*

Las definiciones que acabamos de ver se refieren a la psicopatía entendida como TAP o bien como un tipo de este trastorno, pero hemos señalado *supra* que, según opinión muy extendida, tanto entre juristas como entre psiquiatras o psicólogos, el TAP y la psicopatía, a pesar de compartir algunas características, son constructos independientes. Brevemente voy a referirme en este apartado a la manera en la que, los autores que defienden esta postura, configuran la psicopatía.

Siguiendo a Gómez Lanz/ Halty Barrutieta:

Podemos definir a la persona con psicopatía como un individuo locuaz, arrogante, insensible, dominante, superficial, egocéntrico, falso y manipulador. En el plano afectivo, estos individuos se caracterizan por experimentar emociones lábiles y superficiales, por su falta de empatía, ansiedad y sentimientos genuinos de culpa y remordimiento, así como por su incapacidad para establecer vínculos duraderos con otras personas. En el nivel interpersonal, son arrogantes, egocéntricos, manipuladores, dominantes y enérgicos. En el nivel conductual, son irresponsables, impulsivos y buscadores de sensaciones, suelen transgredir con facilidad las normas sociales, y se caracterizan por un estilo de vida socialmente inestable que incluye comportamientos parasitarios y faltos de planificación».<sup>43</sup>

Las dos grupos de características principales son, por un lado, las que hacen referencia a una falta de empatía, de culpa, de

42 STS N.º 478/2019, de 14 de octubre.

43 Gómez Lanz, J. y Halty Barrutieta, L., «Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata», en *DS: derecho y salud*, vol. 26, N.º extra I, 2016, p. 82.

remordimientos y ausencia de ansiedad; y, por otro, las relacionadas con la impulsividad, comportamiento antisocial y versatibilidad criminal.<sup>44</sup> Como puede comprobar el lector, no son muy diferentes a las vistas en las páginas precedentes.

Está muy extendido el uso del conocido como PCL-R (Psychopathy Checklist Revised), un instrumento diseñado por Hare para diagnosticar la psicopatía<sup>45</sup> que guarda similitud con los síntomas que recoge el DSM-5 para diagnosticar el TAP.<sup>46</sup>

Se plantea la existencia de factores biológicos o genéticos, aunque también ambientales, culturales o sociales como origen de la psicopatía,<sup>47</sup> si bien es cierto que en los últimos años, importantes avances en las neurociencias, parecen demostrar la existencia de alteraciones neurológicas en las personas que sufren una psicopatía, principalmente en la amígdala y el córtex prefrontal, estructuras cerebrales implicadas en la ansiedad e impulsividad, en la regulación de las emociones y, en general, en los aspectos característicos de esta anomalía.<sup>48</sup>

## Exención y atenuación de la responsabilidad penal (arts. 20.1, 21.1 y 21.7 del CP español). Requisitos

Ha llegado el momento de analizar la incidencia que tienen en la imputabilidad los trastornos objeto de estudio, haciendo especial hincapié en la postura que mantiene la jurisprudencia al aplicar el CP español,<sup>49</sup> en concreto, la eximente completa del art. 20.1 CP<sup>50</sup>, la eximente incompleta del art. 21.1 CP<sup>51</sup> y la atenuante analógica del art. 21.7 CP,<sup>52</sup> estas dos últimas en relación con la eximente del art. 20.1.

Antes de abordar estas cuestiones es necesario hacer una breve referencia al concepto de imputabilidad que se maneja en esta investigación, así como al contenido que se da a este elemento del delito y a los requisitos que deben concurrir para aplicar cualquier exención o atenuación de la responsabilidad penal basada en una alteración del mismo. Estas cuestiones previas no van a poder ser objeto de un estudio detenido en un artículo de estas dimensiones, por eso se hará una

44 *Ibid.*, p. 84.

45 Puede verse con detenimiento en qué consiste esta prueba en Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, pp. 12 y ss.; Lorenzo García, F. y Agustina, J. R., «Sobre el confuso concepto...», *op. cit.*, p. 74; Gómez Lanz, J. y Halty Barrutieta, L., «Impacto del avance de las neurociencias...», *op. cit.*, p. 82.

46 Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, p. 19.

47 Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, p. 25; Requejo Conde, C., «Tratamiento de la psicopatía...», *op. cit.*, pp. 5 y 6.

48 Por todos, Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación...», *op. cit.*, p. 25; Gómez Lanz, J. y Halty Barrutieta, L., «Impacto del avance de las neurociencias...», *op. cit.*, p. 84; Gudín Rodríguez-Magariños, F., «Trastornos de personalidad...», *op. cit.*, p. 4.

49 No se va a hacer un estudio de las decisiones judiciales concretas, de la aplicación en el caso específico de algunos de los preceptos citados o, en su caso, de ninguno de ellos, sino que se va a hacer referencia a los criterios generales planteados por el TS al respecto

Estudios jurisprudenciales muy recientes pueden verse, entre otros, en Lorenzo García, F. y Agustina, J. R., «Sobre el confuso concepto...», *op. cit.*; Dujo López, V. y Horcajo Gil, P. J., «La psicopatía en la actualidad...», *op. cit.*; Gudín Rodríguez-Magariños, F., «Trastornos de personalidad...», *op. cit.*

50 Art. 20 CP: Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

51 Art. 21 CP: Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

52 Art. 21 CP: Son circunstancias atenuantes: 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

remisión a un trabajo anterior en el cual ya se han abordado de manera más exhaustiva. Posteriormente analizaremos detenidamente dichos requisitos en relación con el TAP y/o la psicopatía.

### *Cuestiones previas*

En esta investigación se defiende que el fundamento de la imputabilidad es la libertad limitada, el indeterminismo limitado en relación con el actuar humano. Se acepta que el comportamiento humano está condicionado por múltiples factores externos e internos, pero, a pesar de ello, si las circunstancias en las que se encuentra el sujeto son normales, existe siempre la posibilidad de valorar dichos condicionamientos y decidir y actuar en un sentido u otro. Por ello, cuando se afirma que un acto es libre, lo que se indica es que la

decisión final no es solo consecuencia de los factores que condicionan el comportamiento humano, sino que la decisión última es del individuo, no está totalmente condicionado de manera casual por dichos factores.<sup>53</sup>

Por otro lado, los actos libres o voluntarios (limitadamente) son el resultado del proceso volitivo, proceso en el que se pueden distinguir varias fases: concepción, deliberación, decisión y ejecución.<sup>54</sup> Siendo esto así, se entiende que el objeto de análisis de la imputabilidad debe ser la libertad del proceso volitivo concreto que ha tenido como resultado el hecho ilícito objeto de enjuiciamiento, el proceso en sí mismo considerado, su estructura, el desarrollo adecuado de sus fases.<sup>55</sup>

Para que estas fases puedan sucederse de manera adecuada y den lugar a ese acto libre o voluntario (limitadamente), es necesario que

53 Véase, entre otros, Alonso Álamo, M., «Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad «en la brecha» y neurociencias», en Bacigalupo Saggese, S., Feijoo Sánchez, B. J. y Echano Basaldua, J. I. (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 3, 19 y 20; Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., pp. 106 y ss.; Díez Ripollés, J. L., «Aspectos generales de la imputabilidad», en Pantoja García, F. y Bueno Arús, F. (dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal, Estudios de derecho judicial*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 22; Fäh, L., Rainer, S. y Killias, M., «¿Un nuevo determinismo?», en Eugenio Raúl, Z. (dir.), Serrano Maíllo, A., *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, p. 236; Luzón Peña, D. M., «Libertad, culpabilidad y neurociencias», en *InDret, revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2012, pp. 5, 14, 32, 35 y ss.; Prats Canut, J. M., «La culpabilidad: principio y categoría dogmática», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pp. 629, 630 y 638; Urruela Mora, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2003, pp. 23, 56, 57 y 71.

54 Véase, a título de ejemplo, Cabrera Forneiro, J. y Fuertes Rocañín, J. C., *Psiquiatría y derecho: dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de psiquiatría forense*, Madrid, Ed. Cauce, D. L., 1997, p. 130; Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría legal y forense*, 4.ª ed., Madrid, La Ley-Actualidad, 2010, p. 121; Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., pp. 122 y ss.; Esbec Rodríguez, E. y Delgado Bueno, S., «Imputabilidad: concepto y perspectivas. La imputabilidad de los trastornos mentales», en Delgado Bueno, S. (dir.), González de Rivera y Revuelta, J. L., Rodríguez Pulido, F. y Esbec Rodríguez, E. (coords.), *Psiquiatría legal y forense*, vol. I. Madrid, Colex, 1994, p. 330; Fuertes Rocañín, J. C., *Manual de psiquiatría forense para jueces y fiscales*. Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 248 y 249; García Blázquez, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*, Granada, Comares, 1997, pp. 69 y ss.; Gisbert Grifo, M. S., Verdú Pascual, F. A. y Vicent García, R., *Glosario de psiquiatría forense para médicos y juristas*, Barcelona, Masson, 1995, p. 200; Oros Muruzabal, M., «La voluntad», en *Revista Española de Medicina Legal: Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, n.º 70-71, enero-junio 1992, pp. 110 y ss.; Portero Lazcano, G. «Voluntad», en Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarria, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología*, Barcelona, Ars Médica, 2005, pp. 228 y 229.

55 Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., pp. 133 y ss.; Díez Ripollés, J. L., «Aspectos generales...», op. cit., pp. 23 y 24; Martínez Garay, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 267 y ss.; Náquira Riveros, J., «Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995, p. 141; Subijana Zunzunegui, I. J., «El Código Penal ante la enfermedad mental y la peligrosidad», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 89, 2009, p. 219.

las funciones, áreas o capacidades que forman la psique humana y que intervienen en ellas no sufran ninguna alteración; en caso contrario, dicho acto no será libre. Estas funciones son la afectividad, atención, conciencia, inteligencia memoria, pensamiento, percepción y la voluntad (en sentido estricto, identificada con el control de los impulsos y la inhibición).<sup>56</sup>

Teniendo todo esto en cuenta y aceptando que la imputabilidad se entiende como el conjunto de requisitos y condiciones de carácter psíquico<sup>57</sup> que deben concurrir en un individuo para ser declarado culpable, podemos concluir que en la imputabilidad hay que analizar el estado de las funciones psíquicas antes citadas en relación con el proceso volitivo que ha tenido como resultado el hecho concreto que se está enjuiciando.<sup>58</sup>

Deteniéndonos en los preceptos del CP español que nos interesan, es decir, en los que permiten eximir o atenuar la pena como consecuencia de una alteración en la imputabilidad debida a los trastornos que estamos estudiando (eximente del art. 20.1, eximente incompleta del art. 21.1 y atenuante analógi-

ca del art. 21.7, estos dos últimos en relación con el art. 20.1), se sostiene que los requisitos para su aplicación son el requisito psiquiátrico, psicopatológico, temporal, la relación de sentido y, en su caso, la aplicación de la doctrina de la *alic*.<sup>59</sup> A continuación se van a ir estudiando uno por uno estos requisitos para determinar si pueden concurrir o no en los supuestos de TAP y/o psicopatía.

### *Requisito psiquiátrico*

En primer lugar, vamos a analizar el requisito psiquiátrico exigido por el art.20.1 CP español (y, por extensión, por los arts. 21.1 y 21.7 en relación con el 20.1); es decir, tenemos que comprobar si el TAP y/o la psicopatía es una «anomalía o alteración psíquica». Según la postura que aquí se defiende, la expresión contenida en dicho precepto es tan amplia y genérica que incluye cualquier tipo de perturbación psíquica del sujeto, sea cual sea su denominación y esté o no incluida en alguna de las clasificaciones internacionales ya conocidas, siendo suficiente con que se afecten, de alguna manera, sus facultades psíquicas.<sup>60</sup>

56 Cabrera Forneiro, J. y Fuertes Rocañín, J. C., *Psiquiatría y derecho...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría...*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.; Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología. Una visión actualizada*, 3.<sup>a</sup> ed., Editorial Médica Panamericana, 2012, pp. 122 y ss.; García Blázquez, M., *Análisis médico-legal...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; Gisbert Grifo, M. S., Verdú Pascual, F. A. y Vicent García, R., *Glosario de psiquiatría forense...*, *op. cit.*, pp. 5, 64, 121, 157, 200; Marcó Ribé, J. y Martí Tusquets, J. L., *Psiquiatría forense*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, ESPAXS, 2002, pp. 83 y ss.

57 Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, p. 109. Algunos autores incluyen también otras de carácter sociocultural, como se pone de manifiesto en otros trabajos de esta obra a la que puede remitirse el lector para profundizar en esta cuestión.

58 Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss. Esta postura es compatible con la redacción del CP español en los arts. 20.1 y 20.2 (eximentes completas por falta de imputabilidad del sujeto) en los cuales se hace referencia a las capacidades para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, puesto que dichas capacidades son las mismas que las necesarias para llevar a cabo un acto libre (limitadamente). *Ibid.*, pp. 164 y ss.

59 Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.; Joshi Jubert, U., *Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal español*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 73; Maza Martín, J. M. «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», en Conde-Pumpido Tourón, C. (dir.), López Barja de Quiroga, J. (coord.), *Comentarios al Código Penal: arts. 1-108*, t. I. Barcelona, Bosch, 2007, p. 139; Obregón García, A., «La eximente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de derecho judicial*, n.º 110, 2006, pp. 187 y ss.; Riera Táboas, A., Cascón Gutiérrez, A. I. y Pérez Gómez, B., «Prueba de las causas modificadoras de la imputabilidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2005, pp. 393-416; Suárez-Mira Rodríguez, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 161 y ss. y pp. 174 y ss.; Urruela Mora, A., *Imputabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 202 y ss.

60 Carrasco Gómez, J. J., «Circunstancias psíquicas que influyen y modifican la imputabilidad», IV Congreso Andaluz de

Siendo esto así, es evidente que el TAP y/o la psicopatía pueden incluirse en el art. 20.1. El TAP, por su parte, está expresamente recogido en el DSM-5 y la CIE-10 también lo menciona al incluirlo en el trastorno disocial, por lo que no hay duda de que puede ser calificado de anomalía o alteración psíquicas. La psicopatía, entendamos que es sinónimo de TP o de TAP o bien que es una variación del TAP o incluso que es un trastorno distinto al TAP, aunque compartan características comunes, también puede incluirse en este requisito; de hecho, aunque no en epígrafes propios, se menciona en las dos clasificaciones.<sup>61</sup>

La jurisprudencia más moderna también entiende que los TAP y/o las psicopatías pueden incluirse en esta nueva expresión «anomalía o alteración psíquica»<sup>62</sup> aunque no siempre ha sido así. La redacción anterior del CP se refería a la enajenación no a las anomalías o alteraciones psíquicas y, ese término se entendía sinónimo de enfermedad mental, siendo el arquetipo de ellas la psicosis. Siendo esto así, era lógico que trastornos tan distintos a esta como el TAP y/o la psicopatía encontraran resistencia para ser reconocido su efecto limitativo de la imputabilidad, al

entender que no eran verdaderas enfermedades mentales.<sup>63</sup>

A pesar de todo, la lectura de algunas resoluciones pone de manifiesto las deficiencias que existen en la jurisprudencia al incorporar conceptos, avances y terminología propia de las ciencias de la salud. La STS 221/2017 del 29 de marzo, por ejemplo, señala que uno de los motivos por los cuales se puede incluir el TP en el art. 20.1 es que según la clasificación de la OMS, se trata de una enfermedad mental.<sup>64</sup> No parece ésta una afirmación muy acertada teniendo en cuenta que la CIE-10 (la clasificación de la OMS), no se refiere a enfermedades mentales, término que, por otro lado, da lugar a muchas polémicas sobre su significado, sino de trastornos mentales y del comportamiento. De hecho, como hemos señalado, es indiferente que pueda calificarse o no de «enfermedad» mental para incluirse en el art. 20.1. En este sentido, la STS 478/2019, de 14 de octubre, con más acierto, afirma que «dentro de la expresión utilizada de cualquier anomalía o alteración psíquica, se abarcan no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, como venía entendiendo la jurisprudencia al interpretar el concepto

---

Ciencias Penales: el puerto de Santa María, 15, 16 y 17 de abril de 1998, p. 157; Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría...*, op. cit., p. 157; Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., pp. 57 y ss.; Joshi Jubert, U., *Anomalía y alteración psíquica...*, op. cit., pp. 75 y ss.; Mateo Ayala, E. J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la exigente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*, Madrid, Edersa, 2003, p. 106; Maza Martín, J. M., «Arts. 20.1º...», op. cit., pp. 148 y ss.; Melendo Pardos, M., «El delito como conducta reprochable I: la imputabilidad, su exclusión y su graduación», en Gil Gil, A., Lacruz López, J. M., Melendo Pardos, M. y Núñez Fernández, J., *Curso de derecho penal: Parte general*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 574 y ss.; Pérez-Curiel Cecchini, J., *Tratamiento penal del drogodependiente. Análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995*, Oviedo, Forum, 1999, p. 238; Riera Táboas, A., Cascón Gutiérrez, A. I. y Pérez Gómez, B., «Prueba de las causas modificadoras...», op. cit., p. 4; Urruela Mora, A., *Imputabilidad penal...*, op. cit., p. 213.

61 Recordará el lector que el DSM-5 señala en la sección II que «este patrón (el del TAP) también ha sido denominado psicopatía» y en la sección III señala que al diagnosticar un TAP se puede especificar si características psicopáticas, indicando que existe una variante del TAP, a menudo denominada psicopatía. La cie-10, por su parte, al analizar el trastorno disocial de la personalidad señala que incluye el trastorno de personalidad psicopática.

62 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 716/2018, de 16 de enero; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 206/2017, de 28 de marzo; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 168/2016, de 2 de marzo; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

63 SSTS N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio.

64 STS N.º 221/2017, de 29 de marzo.

enajenación, sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad».<sup>65</sup>

Esta misma sentencia también se refiere al DSM y a la CIE, lo que parece acertado, si bien alude a la «inclusión» de las psicopatías en estas clasificaciones, afirmación que exigiría una mayor explicación puesto que, como acabamos de mencionar, en ellas no se incluye la psicopatía como tal en un apartado o subapartado autónomo. De todos modos, esta sentencia parece equiparar psicopatía con TP por lo que no podemos saber muy bien si al mencionar que está incluida la psicopatía en el DSM y la CIE se está refiriendo al TP, que sí está expresamente incluido en ambas clasificaciones. De nuevo, creo que el TS tiene que ser riguroso con la terminología que utiliza y remitirse con más exactitud a estas clasificaciones.

Por otro lado, estos trastornos tienen carácter permanente, no transitorio, aunque pueda manifestarse a través de comportamientos concretos. En este sentido, es interesante la diferenciación que hace el DSM-5 entre rasgo patológico de la personalidad, síntoma y comportamiento específico: los rasgos, señala, cambian a lo largo de la vida, pero muestran una coherencia relativa en comparación con los síntomas y los comportamientos específicos. Un rasgo es una tendencia o una disposición hacia comportamientos específicos y un comportamiento específico es un ejemplo o manifestación de un rasgo. Los síntomas, por su parte, también se diferencian de los rasgos porque tienden a experimentar altibajos, mientras que los rasgos se mantienen más o menos estables.<sup>66</sup> Volveremos a plantear esta cuestión cuando se analice la doctrina de la *alic*.

Para finalizar el análisis del requisito psiquiátrico, hay que recordar que, tal y como reitera continuamente el TS, afirmar que el TAP y/o la psicopatía es una anomalía o alteración psíquica incluida en el art. 20.1 del CP no indica nada sobre la repercusión que puede tener en la imputabilidad de los individuos que la padecen, puesto que hay que analizar el resto de requisitos.<sup>67</sup>

### *Requisito psicopatológico*

El art. 20.1 del CP español exige para considerar a una persona exenta de responsabilidad penal que no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Tal y como se interpreta este requisito en la presente investigación, hay que analizar el estado de las funciones psíquicas que condicionan dichas capacidades, es decir, que intervienen en el proceso volitivo y que son la afectividad, atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento, percepción y la voluntad (entendida en sentido estricto).<sup>68</sup> Dependiendo de la intensidad de la afectación que sufren dichas funciones se podrá aplicar la eximente completa (art. 20.1 CP), incompleta (art. 21.1 CP) o la atenuante analógica (art. 21.7 CP).

El objetivo de este apartado es analizar si el TAP y/o la psicopatía pueden provocar alteraciones en estas funciones y, por lo tanto, tener incidencia en la imputabilidad del sujeto que las sufre. Para ello vamos a comenzar estudiando la postura que adopta el TS en relación con la posibilidad de que la imputabilidad se vea afectada, sin olvidar que este tribunal equipara psicopatía con TP, no con TAP, por lo que las sentencias analizadas se refieren al TP/psicopatía. Posteriormente, in-

65 STS N.º 478/2019, de 14 de octubre.

66 DSM-5, p. 773.

67 SSTs N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 716/2018, de 16 de enero; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 206/2017, de 28 de marzo; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo.

68 Casanueva Sanz, I. *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., p. 177 y ss.

tentaremos determinar, en su caso, cuáles son las concretas funciones psíquicas, las áreas del psiquismo afectadas.

### *Análisis jurisprudencial*

Como señala el propio TS, «los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo»<sup>69</sup> si bien, en la actualidad, puede afirmarse que este tribunal acepta la posibilidad de que los TP tengan relevancia en la imputabilidad del sujeto que los sufre, aunque también se reitera una y otra vez que dicha relevancia «no responde a una regla general»<sup>70</sup> puesto que el grupo de los TP es muy heterogéneo y el tratamiento jurídico penal dado a uno de ellos no puede extrapolarse a otros.<sup>71</sup>

Esta afirmación no parece del todo acertada puesto que la intensidad con la que estas alteraciones afectan a las funciones psíquicas intervinientes en el proceso volitivo y, por lo tanto, a la imputabilidad, no depende tanto del tipo de TP de que se trate, sino de la intensidad con la que dicho trastorno provoca alteraciones en dichas funciones. Lo relevante no es que los trastornos sean heterogéneos, sino que la intensidad con la que pueden afectar a dichas áreas del psiquismo varía y depende de muchos factores, no solo del trastorno en sí mismo considerado.

En sentido similar, aunque suele ser coincidente, lo relevante no es la intensidad

o gravedad de la anomalía o alteración, sino la intensidad con la que están afectadas las funciones psíquicas citadas. A pesar de ello, son numerosas las sentencias que vinculan la intensidad con la que se disminuye la imputabilidad con la intensidad, la gravedad de la alteración.<sup>72</sup>

En general, el alto tribunal acepta que los TP pueden tener efecto en la imputabilidad del sujeto que lo sufre si bien se afirma que, en caso de concurrir solo el TP, se valorará, en principio, como atenuante analógica y que solo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, se pueden valorar como eximentes incompletas.<sup>73</sup> De nuevo parece criticable esta afirmación puesto que, en teoría, no creo que pueda limitarse su presencia a la aplicación de una atenuante analógica, dependerá, como hemos indicado, de la intensidad con la que estén alteradas las funciones psíquicas.

Si se fija el lector, el TS menciona la posibilidad de aplicar una atenuante analógica o una eximente incompleta, pero no hemos indicado nada de la posibilidad de aplicar la exención completa. En este sentido, hay que destacar la STS 158/2015 de 17 de marzo, según la cual, en principio, las psicopatías o TP no excluyen la responsabilidad.<sup>74</sup> Siguiendo con la argumentación anterior, aunque sea excepcional y quizás una posibilidad solo teórica, no se comparte la afirmación de principio según la cual nunca será posible una exención total en estos supuestos.

69 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

70 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 168/2016, de 2 de marzo.

71 SSTS N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

72 En este sentido, las SSTS N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 467/2015, de 20 de julio.

73 SSTS N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 221/2017, de 29 de marzo; N.º 206/2017, de 28 de marzo; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 168/2016, de 2 de marzo; N.º 684/2015, de 11 de noviembre.

74 STS N.º 158/2015, de 17 de marzo.

### *Funciones psíquicas que resultan afectadas*

Una vez aceptada la posibilidad de que el TAP y/o la psicopatía afecten a la imputabilidad, la siguiente cuestión que debemos analizar hacer referencia a cuáles son las áreas del psiquismo afectadas por estas anomalías.

Como acabamos de ver *supra*, tanto el DSM-5 como la CIE-10, cuando se refieren a los criterios diagnósticos del TP, aluden a alteraciones en la afectividad, control de los impulsos, cognición, formas de percibir y pensar, funcionamiento interpersonal (la forma de relacionarse con los demás). A partir de aquí, al tratar el TAP o el trastorno disocial de la personalidad, así como las variedades psicopáticas o similares, se mencionan manifestaciones concretas como la ansiedad, anhedonía, depresión, falta de empatía, irritabilidad, ausencia de remordimientos, etc. Expresiones similares son utilizadas por los autores consultados y por el TS en las resoluciones analizadas.<sup>75</sup>

De las áreas del psiquismo que, entendemos, intervienen en el proceso volitivo y

tienen que ser objeto de análisis en la imputabilidad estos trastornos afectan principalmente a la afectividad<sup>76</sup> y a la voluntad, en sentido estricto, entendida como última fase del proceso volitivo e identificándola con el control de los impulsos y la inhibición;<sup>77</sup> si bien, tampoco puede descartarse que, en algunas ocasiones, se vean alteradas otras funciones psíquicas.<sup>78</sup>

Uno de los motivos por los que la jurisprudencia era reacia a entender que los trastornos que estamos analizando suponen una afectación a la imputabilidad era el hecho de que, en su opinión, no suponían una afectación al entendimiento ni a la voluntad, a los tradicionales elementos de la imputabilidad (elemento cognitivo —conocimiento de la ilicitud del hecho— y volitivo —actuar conforme a esa comprensión—).<sup>79</sup> Esta interpretación no resulta adecuada puesto que la afectividad es un área del psiquismo que interviene en el proceso volitivo, de hecho, «impregna» todas sus fases, de modo que una

75 A título de ejemplo, todas las sentencias citadas al analizar las definiciones que ofrece el TS de TP.

76 La afectividad o vida afectiva es el conjunto de sentimientos, emociones, deseos, pasiones y estados de ánimo (o humor) que impregnan los actos humanos, que les dan vida y color, que inciden en nuestra forma de pensar, de comportarnos, de relacionarnos con los demás, de disfrutar, de sufrir, de amar, de odiar, de respetar, de sentir como agradable o desagradable una experiencia, etc.

Normalmente, cuando existe una alteración de la afectividad lo que resulta afectado es el autodominio, el control de los actos; por encima de lo reflexivo, del análisis de las consecuencias, surge la actuación, no involuntaria pero sí condicionada por la intensidad del estado afectivo. Entre las alteraciones de la afectividad o disforias más frecuentemente citadas por los autores se encuentran la elevación del estado de ánimo, siempre y cuando se produzca en una situación inadecuada (euforia, exaltación, animación) y el descenso en el estado de ánimo (depresión, ansiedad, crisis de pánico, apatía, anhedonía, astenia). También se mencionan en algunos textos el humor ansioso, humor irritable, indiferencia afectiva, inadecuación afectiva, ambivalencia afectiva, labilidad afectiva, frialdad afectiva, disociación afectiva u oscilaciones del humor, entre otros.

Para profundizar en estas cuestiones puede verse, a título de ejemplo: Cabrera Forneiro, J. y Fuertes Rocañín, J. C., *Psiquiatría y derecho...*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.; Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.; Gisbert Grifo, M. S., Verdú Pascual, F. A. y Vicent García, R., *Glosario de psiquiatría forense...*, *op. cit.*, pp. 5 y 64; Marcó Ribé, J. y Martí Tusquets, J. L., *Psiquiatría forense...*, *op. cit.*, pp. 87-89; Segarra Echebarría, R., Eguíluz Uruchurtu, I., Guadilla Fernández, M. L. y Erroteta Palacio, J. M., «Psicopatología de la afectividad», en Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología*, Barcelona, Ars Médica, 2005, pp. 167 y ss.

77 Cabrera Forneiro, J. y Fuertes Rocañín, J. C., *Psiquiatría y derecho...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss.; Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría...*, *op. cit.*, pp. 122 y ss.; Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.; Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología...*, *op. cit.*, pp. 457 y ss.; García Blázquez, M., *Análisis médico-legal...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; Marcó Ribé, J. y Martí Tusquets, J. L., *Psiquiatría forense...*, *op. cit.*, p. 352; Portero Lazcano, G., «Voluntad», *op. cit.*, pp. 235 y ss.

78 Para profundizar en estas cuestiones, véase el breve análisis de estas áreas del psiquismo, así como toda la bibliografía citada al respecto en Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

79 Por todas, véase la STS 478/2019 de 14 de octubre.

alteración en la afectividad provocará una alteración en el proceso teniendo como resultado un acto no libre, no voluntario.<sup>80</sup> Esta alteración en el proceso volitivo, en las capacidades psíquicas que intervienen en él, supone una alteración en las capacidades para comprender la ilicitud del hecho y/o actuar conforme a esa comprensión, es decir, en la imputabilidad del sujeto que las padece.

Se acaba de indicar que la afectividad está presente en todas las fases del proceso volitivo por eso no resultan adecuadas afirmaciones como la de la STS 206/2017, de 28 de marzo, según la cual estamos ante un «trastorno de la afectividad, lo que supone una merma no cognitiva, pero sí volitiva». Si entendemos que esta diferenciación se refiere a la mención que hace el CP de la comprensión de la ilicitud del hecho, como referido a la cognición, no sería correcta puesto que tal y como se ha mencionado, la afectividad tiene relevancia en todas las fases del proceso volitivo, en terminología del CP, tanto en el conocimiento de la ilicitud —elementos cognitivo, intelectual— como en la capacidad para actuar conforme a dicho conocimiento —elemento intelectual—. <sup>81</sup>

### *Requisito temporal*

El art. 20.1 del Código Penal español (CP) y, por extensión, los arts. 21.1 y 21.7 en relación con él, exigen que los requisitos psiquiátrico y psicopatológico concurren «al tiempo de cometer la infracción penal»; es decir, tanto el TAP y/o la psicopatía como la afectación de las funciones psíquicas provocadas como consecuencia de los mismos, deben estar presentes en el momento de llevar a cabo el hecho ilícito objeto de enjuiciamiento.

No vamos a extendernos en la idea ya conocida de que para un buen análisis de

este requisito sería necesario que la prueba pericial, en su caso las evaluaciones de psiquiatras o psicólogos, se practicaran en un momento lo más cercano posible al de los hechos, aunque como ya sabemos, esto no suele ser la práctica habitual en los tribunales.

De todos modos, estamos ante trastornos que, como se ha señalado en las páginas precedentes, son permanentes, por lo que su presencia puede ser diagnosticada en momentos posteriores o anteriores a los hechos y los jueces o tribunales competentes van a poder inferir, atendiendo a las circunstancias del caso, que el trastorno también estaba presente en el momento de los hechos. Lo mismo ocurre en relación, no con el trastorno en sí mismo considerado, sino con las áreas del psiquismo alteradas debido al mismo. Ahora bien, lo que va a ser más difícil de determinar es el grado en el que estaban afectadas dichas áreas en ese momento concreto en relación con el hecho ilícito objeto de enjuiciamiento, dato fundamental para aplicar cualquier exención o atenuación de la imputabilidad así como para, en el caso de que el juez o tribunal competente concluyera que hay alguna alteración de este elemento del delito, concretar la circunstancia aplicable y sus efectos al determinar la pena o medida de seguridad pertinente.

Entiendo que la aplicación de principios básicos del derecho penal (*in dubio pro reo*, mínima intervención, ...) en el análisis de la imputabilidad, debería llevar a, en caso de duda sobre la intensidad con la que están disminuidas las funciones psíquicas en un momento concreto, aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal más favorable para el reo. Esta cuestión excede el objeto de este trabajo, pero si bien es cierto que la exigencia de que las circunstancias eximentes y atenuantes estén tan acreditadas

80 García Blázquez, M., *Análisis médico-legal...*, op. cit., pp. 69 y ss.; Oros Muruzabal, M., «La voluntad», en *Revista Española de Medicina Legal: Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, N.º 70-71, enero-junio 1992, p. 109; Portero Lazcano, G., «Voluntad...», op. cit., pp. 475 y 491.

81 Casanueva Sanz, I. *La incidencia del consumo de drogas...*, op. cit., p. 160.

como el hecho delictivo es jurisprudencia extendida, la STS 206/2017 de 28 de marzo, entre otras, afirma que «ciertamente, frente a una jurisprudencia muy reiterada, que exige que las circunstancias eximentes y atenuantes estén tan acreditadas como el hecho delictivo, se abre paso, una posición que conlleva la erradicación del concepto mismo de carga de prueba en el proceso penal; así la STS 69/2017, de 8 de febrero, o la 639/2016, de 14 de julio, resolución ésta que señala: En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea éste constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad. No ha de ser diverso el alcance de la garantía si de lo que se duda es de la participación causa de responsabilidad que si de lo que se duda es de la existencia de la enajenación de la que depende la inocencia del acusado». <sup>82</sup> De generalizarse esta postura las consecuencias serían de gran relevancia en los supuestos objeto de esta investigación aunque, como se acaba de señalar, excede las pretensiones de este trabajo.

### *Relación de sentido*

La imputabilidad, como ya sabemos, no es un atributo genérico de la persona, sino que debe analizarse en relación con un hecho concreto. Es frecuente que la jurisprudencia haga referencia a este requisito exigiendo que pueda establecerse una relación «entre el trastorno y el hecho cometido» <sup>83</sup> aunque, en relación con los supuestos de TAP y/o psico-

patía no suele desarrollarse este elemento en las sentencias consultadas. <sup>84</sup>

Entendemos que esta manera de proceder no es del todo correcta puesto que lo importante es el modo en el que la alteración de las funciones psíquicas provocadas por la anomalía o alteración (no la propia anomalía o alteración psíquica) afecta y condiciona al proceso volitivo concreto que da lugar al hecho concreto objeto de enjuiciamiento. De esta manera, hay que centrar el análisis en estas alteraciones y en el hecho concreto, no tanto en la anomalía o alteración propiamente dicha, como acertadamente señalan otras resoluciones. <sup>85</sup>

Lo que en modo alguno resulta correcto sería hacer, de manera general, una lista o relación de conductas ilícitas que guardan relación de sentido con el TAP y/o psicopatía o bien, en un caso concreto, descartar la aplicación de circunstancias atenuantes por el mero hecho de que la conducta ilícita se trate de un delito concreto, sin analizar el caso concreto detenidamente. Si bien lo habitual es que estén alteradas la afectividad y el control de los impulsos, no se descarta que en algunos supuestos haya afectación de otras funciones e incluso, tratándose de una alteración de las dos primeras, ni siquiera la manifestación de la misma es igual en todo caso. A esto debemos añadir el hecho de que, como se ha señalado *supra*, es frecuente que estos trastornos concurren con otras anomalías o alteraciones psíquicas en el mismo sujeto de modo que habrá que tener en cuenta también las alteraciones provocadas por estos otros trastornos.

82 STS N.º 206/2017, de 28 de marzo.

83 SSTs N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; N.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 168/2016, de 2 de marzo; N.º 467/2015, de 20 de julio.

84 Véase la STS n.º 684/2015, de 11 de noviembre.

85 SSTs N.º 478/2019, de 14 de octubre; N.º 117/2019, de 6 de marzo; N.º 38/2019, de 30 de enero; N.º 566/2018, de 20 de noviembre; n.º 282/2018, de 13 de junio; N.º 240/2017, de 5 de abril; N.º 544/2016, de 21 de junio; N.º 168/2016, de 2 de marzo; N.º 467/2015, de 20 de julio; N.º 158/2015, de 17 de marzo; N.º 54/2015, de 11 de febrero.

Hay que destacar que algunas de las resoluciones mencionadas aquí son las mismas que las citadas en la nota a pie anterior; es decir el TS se refiere a las dos maneras de determinar la relación de sentido.

### *La doctrina de la alic*

Las anomalías o alteraciones psíquicas de las que nos estamos ocupando son alteraciones de carácter permanente, no transitorio, por lo tanto, no sería correcto aplicar la doctrina de la *alic*.<sup>86</sup> Esto no quiere decir que las personas que las padecen tengan en todo momento de su vida las facultades psíquicas afectadas de la misma manera, sino que las manifestaciones concretas de dichas alteraciones deben tratarse como manifestaciones de un trastorno permanente y no transitorio, por mucho que la manifestación de que se trate «aparentemente», sea algo transitorio.<sup>87</sup>

### Conclusiones

A continuación, se van a exponer brevemente algunas de las conclusiones más importantes que pueden extraerse de este trabajo.

En primer lugar, en relación con las cuestiones terminológicas planteadas parece que podemos afirmar que utilizar indistintamente los términos psicopatía y TP, como hace el TS, no es muy adecuado, puesto que no tiene el aval de las clasificaciones internacionales analizadas (DSM-5 y CIE-10) ni de la mayoría de la doctrina de las ciencias de la salud ni de las ciencias jurídicas. A partir de aquí, no se ha conseguido determinar claramente qué es la psicopatía ni su relación con el TAP. Las citadas clasificaciones no se posicionan claramente al respecto, incluso el propio DSM-5, dependiendo de si se acude a la sección II o a la III, contempla de manera distinta la relación entre la psicopatía y el TAP. El resto de bibliografía consultada, por el contrario, sí parece decantarse por entender que son constructos distintos, independientes entre sí, aunque tengan características comunes.

Entiendo que, si existe esta disparidad de opiniones entre los expertos en la materia, no se nos puede pedir a los juristas que nos posicionemos al respecto, ahora bien, sí creo que se nos puede exigir (incluyendo al TS) indicar cuál es la fuente, la referencia que utilizamos para seguir una terminología u otra.

A los efectos de esta investigación hay que reconocer que, sea cual sea la postura que se adopte en este sentido, las repercusiones en la imputabilidad del sujeto que sufre estos trastornos no plantea variaciones relevantes; todas parecen coincidir en señalar que las alteraciones más importantes del sujeto que sufre una psicopatía se vinculan a cuestiones afectivas (falta de empatía, de remordimientos, de ansiedad) y dificultades para controlar los impulsos. Aquí también sería deseable que las resoluciones del TS citaran el texto de referencia utilizado; en ocasiones las clasificaciones internacionales y en ocasiones, posiblemente, alguna referencia doctrinal.

En este punto interesa destacar que, aunque se señalan factores sociales, ambientales o culturales como origen de la psicopatía, cada vez son más los avances científicos, sobre todo en el ámbito de las neurociencias, que ponen de relieve la existencia de alteraciones neurológicas en áreas del cerebro que controlan los procesos que caracterizan esta anomalía.

Entrando ya en el análisis de la repercusión que el TAP y/o psicopatía puede tener en la imputabilidad, hay que señalar que el propio TS afirma que no hay una regla general y que su doctrina es fluctuante, por lo que resulta necesario intentar establecer claramente cómo debe llevarse a cabo el análisis de este elemento del delito para garantizar la mayor seguridad jurídica posible.

86 Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, p. 184.

87 Lo mismo ocurre cuando estamos ante una intoxicación o un síndrome de abstinencia y el sujeto que los padece es drogodependiente, se entiende que son manifestaciones de la drogodependencia, que es un trastorno permanente y como tal hay que tratarlo. En este sentido, Casanueva Sanz, I. *La incidencia del consumo de drogas...*, *op. cit.*, pp. 255 y 248; Mateo Ayala, E. J., *La imputabilidad del enfermo...*, *op. cit.*, p. 177; Padilla Alba, H. R., *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*. Granada, Comares, 2001, pp. 148 y ss.; Suárez-Mira Rodríguez, C., *La imputabilidad...*, *op. cit.*, p. 146.

Según la tesis aquí defendida, tanto para plantearse la aplicación del art. 20.1 del CP español como de los arts. 21.1 o 21.7 en relación con el primero, hay que analizar cinco requisitos. El primero, el psiquiátrico, no plantea problemas, puesto que, se entiendan como se entiendan los fenómenos del TAP y/o psicopatía (si es o no una enfermedad mental, si es o no un trastorno de la personalidad, si está o no incluido en las clasificaciones internacionales), no puede negarse que suponen una afectación de alguna función psíquicas y, por tanto, tal y como señala la jurisprudencia mayoritaria, pueden incluirse en el concepto de anomalía o alteración psíquica.

En relación con el requisito psicopatológico, son principalmente la afectividad y la voluntad (entendida en sentido estricto, vinculada a la inhibición y al control de los impulsos), las áreas del psiquismo afectadas. La afectividad, según la tesis seguida en esta investigación, está presente en todas las fases del proceso volitivo lo que, según la terminología del CP, supone afectar tanto al denominado elemento cognitivo (capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho) como al volitivo (capacidad para actuar conforme a esa comprensión). En este sentido, no se comparte la argumentación del TS en algunas de sus resoluciones en las cuales entiende que no están afectadas las facultades cognitivas, sino las volitivas.

Siguiendo con este elemento, no se comparte la postura del TS según la cual la presencia de estos trastornos, si no concurre con otros, solo dará lugar a una atenuante analógica. Sin negar que este sea el caso más frecuente, no puede negarse, por principio, la posibilidad de aplicar una exención incompleta o incluso completa, si la alteración de la imputabilidad tiene suficiente intensidad.

El requisito temporal plantea la dificultad, casi imposibilidad, de que el sujeto sea sometido a una prueba pericial psicológica en el momento lo más cercano posible al de los hechos objeto de enjuiciamiento, si bien el

hecho de que se trate de trastornos de carácter permanente facilita, en cierta medida, la comprobación de este requisito.

La relación de sentido también es mencionada en numerosas sentencias por el TS aunque no se plantea de manera adecuada puesto que la relación no tiene que darse entre el trastorno y el hecho ilícito concreto, como da a entender el alto tribunal, sino entre la afectación de las facultades y dicho hecho.

La doctrina de la *alic*, por su parte, no será de aplicación puesto que estamos ante anomalías permanentes y en éstas, no puede tenerse en cuenta esta doctrina. En su caso, los comportamientos concretos del sujeto serán manifestaciones del trastorno permanente y como tal tendrán que ser tratados.

Para terminar, me gustaría volver al comienzo de esta investigación, al planteamiento que se hizo en la introducción, para señalar que parece que sí hay una explicación para ese comportamiento propio de las personas que sufren una psicopatía, para esa falta de empatía, de arrepentimiento, para esa crueldad: existe una alteración en algunas áreas del psiquismo que impiden hablar de un proceso volitivo libre, de un acto voluntario por parte de dicho sujeto. No podemos ni debemos ignorarlo puesto que lo contrario supondría ignorar principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como el principio de culpabilidad, de igualdad o de responsabilidad por el hecho.

## REFERENCIAS

- Aguilar Cárceles, M. M., «La inadecuada identificación de la psicopatía con el trastorno antisocial de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 19, 2017.
- Alonso Álamo, M., «Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad «en la brecha» y neurociencias», en Bacigalupo Saggese, S., Feijoo Sánchez, B. J. y Echano Basaldua, J. I. (coords.), *Estudios de dere-*

- cho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 3-20.
- Asociación Americana de Psiquiatría. *DSM-5: Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Traducción del Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, publicado por la American Psychiatric Association (APA) en el año 2013, Editorial Médica Panamericana, 2014.
- Cabrera Forneiro, J. y Fuertes Rocañín, J. C., *Psiquiatría y derecho: dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de psiquiatría forense*, Madrid, Cauce, D. L., 1997.
- Carrasco Gómez, J. J., «Circunstancias psíquicas que influyen modifican la imputabilidad», *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales: el puerto de Santa María, 15, 16 y 17 de abril de 1998*, 1988.
- Carrasco Gómez, J. J. y Maza Martín, J. M., *Tratado de psiquiatría legal y forense*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, La Ley-Actualidad, 2010.
- Casanueva Sanz, I., *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- Díez Ripollés, J. L., «Aspectos generales de la imputabilidad», en Pantoja García, F. y Bueno Arús, F. (dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- Dujo López, V. y Horeajo Gil, P. J., «La psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal», en *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 17, N.º 1, 2017, pp. 69-88.
- Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología. Una visión actualizada*, 3.<sup>a</sup> ed., Editorial Médica Panamericana, 2012.
- Esbec Rodríguez, E. y Delgado Bueno, S., «Imputabilidad: concepto y perspectivas. La imputabilidad de los trastornos mentales», en Delgado Bueno, S. (dir.), González de Rivera y Revuelta, J. L., Rodríguez Pulido, F. y Esbec Rodríguez, E. (coords.), *Psiquiatría legal y forense*, vol. I., Madrid, Colex, 1994, pp. 315-362.
- Fäh, L., Rainer, S. y Killias, M., «¿Un nuevo determinismo?», en Eugenio Raúl, Z. (dir.), Serrano Maíllo, A., *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006.
- Figueroa-Cave, G., «Una nueva propuesta de clasificación de los trastornos de personalidad: la clasificación internacional de enfermedades CIE-11», en *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, vol. 56, N.º 4, 2018, pp. 260-268.
- Fuertes Rocañín, J. C., *Manual de psiquiatría forense para jueces y fiscales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- García Blázquez, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995* (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2), Granada, Comares, 1997.
- Gisbert Grifo, M. S., Verdú Pascual, F. A. y Vicent García, R., *Glosario de psiquiatría forense para médicos y juristas*, Barcelona, Masson, 1995.
- Gómez Lanz, J. y Halty Barrutieta, L., «Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata», en *DS: derecho y salud*, vol. 26, N.º extra 1, 2016, pp. 81-92.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F., «Trastornos de personalidad. Respuesta penal frente a los nuevos avances neurológicos sobre las disfunciones ejecutivas del cerebro», en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 24, 2010, pp. 13-30.
- Joshi Jubert, U., *Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal español*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009.
- Lorenzo García, F. y Agustina, J. R., «Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del derecho penal de la peligrosidad», en *Política Criminal*, vol. 11, N.º 21, julio 2016.
- Luzón Peña, D. M., «Libertad, culpabilidad y neurociencias», en *InDret, revista para el análisis del derecho*, N.º 3, 2012.

- Marcó Ribé, J. y Martí Tusquets, J. L., *Psiquiatría Forense*, 2.ª ed., Barcelona, ESPAXS, 2002.
- Martínez Garay, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Mateo Ayala, E. J., *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*, Madrid, Edersa, 2003.
- Maza Martín, J. M., «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», en Conde-Pumpido Tourón, C. (dir.), López Barja De Quiroga, J. (coord.), *Comentarios al Código Penal: arts. 1-108*, tomo I, Barcelona, Bosch, 2007.
- Melendo Pardos, M., «El delito como conducta reprochable I: la imputabilidad, su exclusión y su graduación», en Gil Gil, A., Lacruz López, J. M., Melendo Pardos, M. y Núñez Fernández, J., *Curso de derecho penal: parte general*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 563-593.
- Moreno-Manso, J. M., García-Baamonde Sánchez, M. E., Blázquez Alonso, M., Guerrero Barona, E. J. y Guerrero Molina, M., «Psicópatas versus trastornos de la personalidad: matices clínico-conceptuales y aspectos diferenciales», en *Summa Psicológica UST*, vol. 16, N.º 1, 2019, pp. 51-59.
- Náquira Riveros, J., «Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 55, 1995, pp. 139-163.
- Obregón García, A., «La eximente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de Derecho Judicial*, N.º 110, 2006, pp. 137-218.
- Oros Muruzabal, M., «La voluntad», en *Revista Española de Medicina Legal: Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, N.º 70-71, enero-junio 1992, pp.107-112.
- Padilla Alba, H. R., *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Granada, Comares, 2001.
- Pérez-Curiel Cecchini, J., *Tratamiento penal del drogodependiente. Análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995*, Oviedo, Forum, 1999.
- Portero Lazcano, G. «Voluntad», en Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la Psicopatología*, Barcelona, Ars Médica, 2005.
- Prats Canut, J. M., «La culpabilidad: principio y categoría dogmática», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pp. 615-640.
- Requejo Conde, C., «Tratamiento de la psicopatía en la jurisprudencia penal española. El camino hacia un nuevo enfoque de la imputabilidad penal», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 27, 2017.
- Riera Táboas, A., Cascón Gutiérrez, A. I. y Pérez Gómez, B., «Prueba de las causas modificadoras de la imputabilidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2005, pp. 393-416.
- Segarra Echebarría, R., Eguiluz Uruchurtu, I., Guadilla Fernández, M.L. y Errota Palacio, J. M., «Psicopatología de la afectividad», en Eguíluz Uruchurtu, I. y Segarra Echebarría, R. (dirs.), *Introducción a la psicopatología*, Barcelona, Ars Médica, 2005, pp. 161-210.
- Suárez-Mira Rodríguez, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Subijana Zunzunegui, I. J., «El Código Penal ante la enfermedad mental y la peligrosidad», en *Revista del Poder Judicial*, N.º 89, 2009, pp. 209-238.
- Urruela Mora, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Granada, Comares, 2003.
- World Health Organization, *CIE 10: Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid, MEDITOR, 1992.

# El contrato de trabajo deportivo en el Ecuador: un camino a la precariedad laboral

## *The employment contract in Ecuador: a path to job insecurity*

JOSÉ ALEJANDRO LEÓN FERNÁNDEZ\*  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8233-3583>



*Recibido:*  
24/08/2020

*Aceptado:*  
26/10/2020

### Resumen

Cuando alguien acude a un estadio de fútbol siempre lleva en su mente a una persona capaz, afamada y adinerada que todo lo puede, con un entorno de mucha calidad de vida, de una carrera fácil, pero esto solo es una ficción y excepción de muy pocos con muy buena suerte. Si hacemos una revisión intrínseca sobre los principios que gobiernan en el derecho laboral revisamos que el principio de igualdad propuesto como principio fundamental universal y como «principio sectorial» del derecho laboral, ha sido pensado para ciertos sectores laborales, pero no se ha dedicado como factor de riesgo para el deportista profesional y principalmente al futbolista, que no los ha visto como parte débil, asimilando la misma, que con base en este derecho están protegidos todos los futbolistas profesionales cuando en la realidad revisamos y palpamos que solo los grupos de élite o más concretamente un 10% de la población futbolera profesional a nivel mundial goza de todos los beneficios provistos por el derecho laboral, dejando a medias el goce de los derechos a favor de toda esta inmensa rama laboral, conllevándolos o induciéndolos a una precariedad laboral existente todavía en pleno siglo XXI.

### Palabras clave

Precariedad, derecho laboral, trabajo, fútbol, deporte, discriminación.

### Abstract

When someone goes to a soccer stadium, he always has in his mind a capable, famous and wealthy person who can do everything with an environment of great quality of life, an easy career, but this is only a fiction and the exception of very few with very good luck. If we make an intrinsic review of the principles that govern Labor Law, we review that the principle of

equality proposed as a universal fundamental principle and as a «sectorial principle» of Labor Law, has been thought for certain labor sectors, but has not been dedicated as a factor. risk for the professional athlete and especially the footballer, who has not seen them as a weak party, assimilating it, that based on this Law all professional footballers are protected when in reality we review and feel that only elite groups or more specifically, 10% of the professional soccer population worldwide enjoys all the benefits provided by Labor Law, leaving half the enjoyment of all the rights in favor of all this immense labor branch, leading them or inducing them to an existing job insecurity still in the XXI century.

## Keywords

Precariousness, labor law, work, soccer, sport, discrimination.

## Introducción

El acontecimiento jurídico del siglo pasado lo constituyó indudablemente el surgimiento de una disciplina denominada derecho del trabajo, que tiene por objeto regular las situaciones en el interior del sistema de producción industrial para hacerlo viable en el marco de la ecuación capital-trabajo.

El siglo XX no sólo ha sido el siglo del trabajo porque éste se ha entendido como recurso indispensable del sistema de la producción industrial de masas ni tampoco porque las culturas, las religiones, las ideologías dominantes lo han entendido como factor de inclusión social, sino también porque (apenas ha descubierto la propensión a desafiar el orden constituido [...] sin saberlo, llevaba dentro de sí desde sus orígenes) les ha favorecido.<sup>1</sup>

Sin embargo, al iniciarse el siglo XXI, se han levantado voces desde diversos ámbitos que propugnan por la desaparición de una rama especial para regular la ecuación capital-traba-

jo. Todo ello debido a los cambios que se han venido verificando en el ámbito de los sistemas de producción de la economía mundial y la necesidad correlativa de flexibilización de las relaciones laborales, particularmente a partir de la formulación del Consenso de Washington.<sup>2</sup> A partir de la denominada flexibilización de las relaciones laborales no han sido pocos los iuslaboralistas que sugieren que dichas medidas han derivado en trabajo precario y que en la actualidad el conjunto de garantías laborales alcanzadas en un siglo han venido desarticulándose, generando precarización en las condiciones de trabajo.<sup>3</sup>

En ese contexto, y adentrándonos al ámbito deportivo-laboral, primeramente, hablando del deportista profesional, podemos decir que es aquella persona que hace del deporte su medio de vida. Es deportista profesional quien realiza una actividad o disciplina deportiva y recibe por ello una remuneración.

1 \* Doctorando en la Universidad Católica de Buenos Aires (UCA), magíster en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, docente universitario presencial pregrado: Código Civil I, Derecho Procesal Civil II, GP4.1, GP4.2, Derecho Mercantil, Leyes Especiales I Inquilinato, Introducción al Derecho y Posgrado: Derecho Procesal. Docente universitario a distancia: Introducción al Derecho, Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral, Leyes Especiales I Inquilinato, Código Civil III. Romagnoli, Umberto, «Renacimiento de una palabra», en *Dialnet, Revista de derecho social*, N.º 1, Madrid, 2005, p. 10.

2 El consenso de Washington es el conjunto de políticas que deben adoptar los países latinoamericanos con miras al crecimiento económico de los mismos. Fue formulado por John Williamson después de la caída del muro de Berlín y fue acogido como hoja de ruta por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial respecto de los países latinoamericanos.

3 Jaramillo, Iván, «Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia», en *Revista Opinión Jurídica*, N.º 18, Medellín, 2010, p. 59.

Según el régimen laboral de los deportistas, se entiende que un deportista profesional es aquel que se dedica voluntariamente a la práctica del deporte dentro de la organización de un club o entidad deportiva, a cambio de una retribución. Sin embargo, quedan excluidas aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva. En el mundo del deporte existen diferentes niveles, desde los deportistas de élite y medallistas olímpicos hasta los deportistas aficionados que practican deporte únicamente por diversión o salud. De entre todos los practicantes, solo una minoría son deportistas profesionales. Está claro que no cualquier deportista, por el solo hecho de serlo, mantiene una relación laboral; ésta surge cuando el deportista es profesional y una entidad le paga por su trabajo. Además de que se deberán cumplir ciertas tipicidades propias de una relación laboral, tales como subordinación, continuidad, estabilidad, exclusividad, por supuesto la remuneración previamente pactada, y otras.

El deporte profesional se presenta como un acontecimiento de importancia en la sociedad actual en cuanto manifestación de la pirámide deportiva más elevada (se supone que a este tipo de deporte acceden los de mayor calidad dentro de sus respectivas especialidades), junto con su consideración como un espectáculo de indudable importancia y relieve social que ha trascendido claramente de lo deportivo para situarse en el entorno de lo económico y justificar que los mecanismos de mercado hayan puesto sus ojos en el mismo, en tanto en cuanto el sector de entretenimiento es, en la sociedad actual, uno de los sectores más pujantes de la vida económica.<sup>4</sup>

En mi país Ecuador, la legislación no prevé una conceptualización de deportista

profesional, podríamos rescatar en cierta manera la Ley del Futbolista Profesional, que en su artículo uno indica «[...] se entenderá por futbolista profesional al deportista que, habiendo celebrado un contrato escrito con un club afiliado a la Federación Ecuatoriana de Fútbol, además de la reposición de los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades, también percibiere una remuneración periódica».<sup>5</sup>

Desde el primer artículo de la citada norma se advierte la falta de resolución del legislador de llamar a las cosas por su nombre, esta falta de precisión no creemos que sea producto del desconocimiento, sino más bien de voluntad política, ya que el tema aún puede ser un tabú, una piedra que puede dar lugar a tropezones, para cuando se trate de resolver los litigios laborales, la inexactitud permitirá el pataleo a quienes sostienen que el deportista profesional, en este caso el futbolista no es un trabajador. El art. 1 debió, expresamente, señalar que la relación jurídica que vincula los clubes deportivos con aquellos que se dediquen al fútbol profesional es un contrato deportivo.

Crea inconvenientes desde el principio el que la ley no haya definido la naturaleza jurídica de la relación, ya que la falta de una clarificación expresa ha dado lugar a controversias dentro y fuera del ambiente interno y externo del fútbol, es decir, en los organismos privados que lo rigen y gobiernan y en las propias instancias judiciales. Siendo el principal perjudicado el deportista profesional, generalmente, la parte más débil de la relación, que en ocasiones acepta le sean esquilmados sus derechos, por evitarse entrar en litigios jurídicos o enfrentar a los dirigentes, por el miedo a no ser contratado nuevamente o por no ser convocado por otros clubes.

El problema descrito también se dio en varios países europeos, entre ellos España, pero el tratamiento esclavista en ese continen-

4 Espartero, Julián, *Introducción al derecho del deporte*, t. IX, Madrid, Dykinson, 2009, p. 278.

5 Ecuador, *Ley del Futbolista Profesional*, R. O. 462, 14 de mayo de 2001, art. 1.

te se ha ido superando. El mismo debate tuvo lugar en la Argentina, sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la relación entre jugadores de fútbol profesional y el club que contrata sus servicios. Fue en 1973 cuando se dictó la Ley N.º 20.160 que estableció cuáles son las obligaciones y derechos a cumplirse entre las partes en ese país.

La FIFA igualmente ha reformado su actitud para promulgar reglamentos que humanizan el tratamiento a los jugadores de fútbol. Hay que mencionar el famoso caso Bosman,<sup>6</sup> como antecedente importante para esos cambios.

### ¿Qué significa ser un deportista profesional?

Los deportistas profesionales son personas especialmente dotadas para un determinado deporte. Ganan dinero practicando su deporte ante una audiencia. Existe una gran variedad de deportes que pueden practicarse a nivel profesional. Los deportes en los que hay más oportunidades son el fútbol, el básquet y el tenis. También las hay en el ciclismo, el golf, la natación y las carreras de automóviles. Según el régimen laboral de los deportistas, se entiende que un deportista profesional es aquel que se dedica voluntariamente a la práctica del deporte dentro de la organización de un club o entidad deportiva, a cambio de una retribución. Sin embargo, quedan excluidas aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.

En el mundo del deporte existen diferentes niveles, desde los deportistas de élite y medallistas olímpicos hasta los deportistas

aficionados que practican deporte únicamente por diversión o salud. De entre todos los practicantes, solo una minoría son deportistas profesionales. Es fácil entender que los jugadores de fútbol o de baloncesto estén considerados como deportistas profesionales, pero, ¿lo son menos otros deportistas como Michael Phelps o Mireia Belmonte (natación) o Maider Unda (lucha)?

Es importante entender que en Ecuador la mayoría de los deportistas que practican cualquier disciplina deportiva son aficionados, sin importar el deporte que realizan. La mayoría de los que son remunerados lo son con salarios bajos que no sobrepasan el salario mínimo, pero por lo general, los deportistas no cobran absolutamente nada.

### El contrato en el deportista profesional, como elemento primordial

Nada de lo que actúa sobre el ser humano escapa al Derecho, toda actividad novedosa no puede vagar libremente, sino que debe ser aprehendida por el ordenamiento jurídico: así ocurre con los deportes, que si bien de auge relativamente reciente, están incorporados de modo pleno a la vida de todas las comunidades civilizadas.<sup>7</sup>

Durante los primeros años del siglo XX el panorama mundial en torno al derecho del trabajo se centraba alrededor de la discusión sobre la naturaleza de la figura central del nuevo derecho: «el contrato de trabajo» y la «relación de trabajo».<sup>8</sup>

El nacimiento del nuevo derecho fundamentaba la estructura jurídica en la principal institución del derecho común: «el contrato», como resultado y reconocimiento de la vinculación íntima del derecho del trabajo y el derecho civil. Sin embargo, otro sector de la doctrina

6 El 15 de diciembre de 1995, un tribunal de la Unión Europea (UE) en Luxemburgo, dictaminó que era ilegal que los clubes cobraran por un traspaso cuando el contrato había concluido, así como los cupos de extranjeros para futbolistas de países de la UE. El caso Bosman, es un caso paradigmático de derecho comunitario europeo, en el cual un modesto futbolista belga demandó libertad de acción a su club al finalizar su contrato, forzando a la Unión Europea de Asociaciones de Fútbol (UEFA) a cambiar varias de sus normas.

7 Roza, Jairo, «Derecho y deporte: las leyes deportivas», en *Revista Escuela de Administración de Negocios*, N.º 3, Bogotá, 1987, p. 62.

8 Jaramillo, Iván, «Presente y futuro del derecho del trabajo...», *op. cit.*, p. 60.

estructuró una teoría que dejaba de lado el análisis contractualista heredado del derecho civil para esbozar la denominada relación de trabajo, en la que la naturaleza jurídica estriba en el fenómeno jurídico objetivo, más allá de los acuerdos de las partes. Después de los procesos de reformas que propendían por la flexibilización en la mayoría de países de América Latina, el derecho del trabajo ha experimentado cambios que tienen como denominador común el retorno a un sistema más garantista contrario a las predicciones de eliminación de esta rama del derecho.

El fútbol es uno de los deportes más importantes a nivel mundial, en mi país Ecuador, esto no es la excepción, ya que sin duda es el deporte más practicado a nivel profesional y aficionado, desde hace años se ha intentado resolver las controversias surgidas dentro de este **ámbito debido a la forma en que se presenta la contratación de los futbolistas en nuestro** medio, ya que al no tener una regulación específica, se ha tenido que adoptar las normas del Código Sustantivo del Trabajo, que para este tipo de profesión resulta insuficiente ya que presenta situaciones que tienen un vacío jurídico notable.

Es por esa razón que es necesario que en el contrato de un deportista profesional y en especial en el futbolístico queden plasmadas claramente las obligaciones y derechos de las partes, para lo cual en su elaboración habrá que tomar en cuenta la normativa vigente. Los sujetos de la relación o del contrato de trabajo: el club, federación u organismo como empleador y el deportista profesional como trabajador, deben fijar sus posiciones y respetarlas en el desarrollo y en el tiempo por el cual se suscribieron.

Se van superando los rezagos del tratamiento cuasi esclavista que en el mundo entero, y por consecuencia igualmente en el

Ecuador, se daba a los deportistas profesionales y en especial a los futbolistas. La incorporación de la Ley del Futbolista Profesional fue un importante paso; pese a las falencias que dio en nuestro país el derecho positivo, se legalizó, se legitimó una figura laboral y se reconoció una realidad que de facto existía. Esta ley especial (aunque se dice que éstas ya no existen) por el contenido puntual de sus normas y de sus beneficiarios aparece como un complemento a la normativa laboral general del Ecuador. Partiendo de ella, nos adentraremos en el contrato de trabajo deportivo en general y en particular en el contrato de trabajo del futbolista profesional.

Tómese en cuenta que los avances contractuales y laborales no los han impulsado los propios futbolistas, trabajadores del fútbol, a ellos no les ha interesado pulir en lo jurídico sus relaciones y con ello establecer con mayor firmeza sus derechos con la aplicación plena del derecho laboral. Basta citar que desde que se promulgo la Ley del Futbolista en el Ecuador, hasta la fecha, no se constituye la *Agremiación de Futbolistas*. Como que un *modus vivendi*, tácito sigue vigente para que las relaciones continúen manejándose con los ojos cerrados. Con la venda para no tomar la **decisión de optar en primer lugar por** cumplir la ley que convierte en trabajadores de alguna forma especiales, ya que particular, sin duda, es el trabajo que realizan en todo aspecto.

Partiendo de esta premisa podemos ver que el trabajo o empleo de los deportistas profesionales es precario, por lo que es muy acertado lo dicho por Rodgers, quien de manera sintetizada indica:

Los empleos precarios son aquellos de corto horizonte temporal o en los cuales el riesgo de perder el empleo es alto. Debe incluirse aquí el trabajo irregular, en la medida que existe incertidumbre sobre su disponibilidad continua.<sup>9</sup>

9 Guadarrama, Rocío, «Precariedad laboral y heterogeneidad ocupacional: una propuesta teórico-metodológica», en *Revista Mexicana de Sociología*, N.º 2, México, 2012, p. 217.

La nueva centralidad del trabajo se caracteriza por su condición inestable e insegura, y la llaman precariedad, la cual en casos extremos se desplaza hacia los márgenes de la arena social y asume la forma de exclusión laboral. En América Latina se ha dado especial atención a este último fenómeno. Se ha dicho también que esta inestabilidad se ha vuelto estructural, y que esta condición debilita o modifica el carácter integrador del trabajo en las sociedades contemporáneas.

### Parte contractual de las deportistas profesionales

Otro problema de gran escala es el machismo que se le da a todos los deportes en general, la falta de atención en materia laboral a las deportistas profesionales es muy notoria y solo pocas han salido de esta precariedad laboral, de este abuso que se tiene contra ellas, contraviniendo a lo que el Estado y la Constitución promulgan: la garantía del derecho al trabajo en un ambiente laboral saludable.

Vivimos en una sociedad en la que se asume teóricamente la igualdad de derechos y deberes de todos los ciudadanos; empero, existe la necesidad de replantearnos la vigencia de los roles, que en cuanto a género conservan la misma esencia discriminatoria en desmedro de la mujer.<sup>10</sup>

La primera cuestión tiene que ver —y muy de destacar— con el hecho de que solo un porcentaje mínimo de jugadoras se dedica exclusivamente al deporte profesional femenino, como ejerciente en exclusiva de esta actividad, y un gran porcentaje de jugadoras compagina la práctica deportiva con estudios y trabajo, siendo practicado mayoritariamente a tiempo parcial. Lo que significa que su reconocimiento como trabajadora es mínimo, lo que conlleva a realizar una actividad profesional que no es vista así, y repercute en te-

mas tan destacados como las relaciones contractuales encubiertas.

Es verdad que en la actualidad, por ejemplo, como sucedió hace algunos meses, que se confirmó la profesionalización del fútbol femenino y las repercusiones ocurren hora a hora, a causa de que San Lorenzo (Argentina) fue el encargado de patear el tablero este viernes. Es que el club argentino, contrató a 15 jugadoras para sumarlas a su plantel, debido a que el equipo de Boedo es uno de los que compite en el fútbol femenino. Entre las contratadas, se encuentra Macarena Sánchez, una de las principales impulsoras para que se diera la profesionalización del fútbol femenino en Argentina.

Con tales antecedentes podríamos decir que ya con un contrato a vista del público y las leyes, se podría obtener más derechos, más beneficios y más seguridades con las deportistas; pero la realidad apunta que no va por ese camino, debido a que todavía el sueldo de las deportistas llega a ser precario, obligando a las mismas a buscar otras fuentes de trabajo para poder sustentarse, con lo que vemos que siguen en una precarización laboral que se sufre día a día en nuestro entorno latinoamericano.

Un caso más crónico ocurre en mi país Ecuador que, aunque existe la Liga Profesional de Fútbol Femenino, la misma no se encuentra regularizada y aquí la precarización para dichas profesionales es aún más notoria, ya que no cuentan ni siquiera con un contrato laboral, peor aún con un seguro social. A eso hay que sumarle el déficit financiero que tienen los clubes deportivos, que con la crisis económica que se vive de manera global no deja de afectar también al deporte, que ha obligado a los equipos deportivos a inducir a sus empleados (jugadores profesionales) a firmar roles de pagos cuando aún no han sido

<sup>10</sup> García, Pedro, «Mujer y deporte, hacia la equidad e igualdad», en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, N.º 30, Caracas, 2008, p. 75.

cancelados, tal vez por el temor que tienen de quedarse sin trabajo, convirtiéndose en una forma precaria ante éstos.

No solo la precariedad laboral (en términos de cantidad y calidad de puestos de trabajo) marcha por los medios, sino que en la práctica del fútbol las mujeres deben soportar la falta de apoyo (no solo económica) en los clubes, aletargando su proyecto de profesionalización. Y, por consiguiente, se suspende el propósito de lograr mayores facultades, y acceder a beneficios económicos y sociales brindados por la producción laboral dentro del campo, y la participación en la estelar distribución del ingreso.

El empleo no solo procura ingresos sino vínculos sociales. Más allá de su importancia económica tiene un enorme significado simbólico, ya que para muchas mujeres el acceso al trabajo es un paso importante en un proceso más amplio de autonomía y ejercicio de derechos ciudadanos [...].<sup>11</sup>

Las mujeres actualmente en el deporte soportan una «precariedad laboral» manifestada en «la inexistencia de contratos, comisiones mixtas, avales adecuados para los impagos, incapacidades por lesión y derecho a la maternidad», todo esto a vista y paciencia de toda la colectividad mundial del deporte.

Aún, cuando en el Código de Trabajo ecuatoriano,<sup>12</sup> Constitución de la República del Ecuador,<sup>13</sup> Organización Internacional del Trabajo,<sup>14</sup> entre otras normas legales y organizaciones, promulgan un sinnúmero de veces que el derecho del trabajo se tiene que dar en igualdad de condiciones, sin discriminación de sexo entre otros parámetros que

promulgan la igualdad.

Toca en una sociedad moderna, que predica la igualdad, también en el deporte, que derogue todo un marco normativo que las lastra, y se pongan las pilas los poderes públicos para que el reclamo de estas jugadoras, merezca en justicia una respuesta adecuada al siglo XXI, y contribuya a dignificar, en igualdad, la presencia de la deportista en el deporte profesional.

### Los contratos de trabajo de los futbolistas

No es un secreto a voces la falta de formalidad que rige algunos aspectos del fútbol ecuatoriano y mundial, informalidad que como en muchas de las actividades humanas que han estado caotizadas, tratan de ser reguladas por el Estado mediante una normativa legal que, en el caso del fútbol, debemos conocer que es el artículo 63 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación<sup>15</sup> el que señala que la organización del fútbol profesional en el Ecuador estará a cargo de la Federación Ecuatoriana de Fútbol (FEF), acorde a la normativa que ésta emita y la normativa internacional emanada de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL), pero que sin embargo, no está limitada solo a ésta.

El Fútbol de acuerdo a la estructura de los clubes es un trabajo por ende el futbolista es un trabajador, se somete a un tipo de relaciones laborales en las cuales se pueden ver vulnerados en sus derechos al trabajo, seguridad social, el acceso a un salario digno, entre otros.<sup>16</sup>

11 Pautassi, Laura. «¿Cuánto trabajo mujer!» *El género y las relaciones laborales*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2007, p. 51.

12 Ecuador, Código del Trabajo, R. O. 167, 26 de junio de 2019, art.79. «Art. 79.- Igualdad de remuneración.- A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; más, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración».

13 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008. «Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación».

14 Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Labour Office, Bureau for Workers' Activities, 2012.

15 Ecuador, *Ley del Deporte, Educación Física y Recreación*, R. O. 255, 20 de febrero de 2015, art. 63.

16 Gutiérrez, A. & Pardo, J. A. «*El derecho al trabajo y a la seguridad social del futbolista profesional colombiano*». Cali. Univer-

La regulación legal para futbolistas es escasa, sin embargo, no es nula, ya que desde junio de 1994 existe la Ley del Futbolista Profesional<sup>17</sup> que nació como una necesidad ante los vacíos existentes en las relaciones jurídicas entre jugadores y clubes profesionales, la cual señala en sus considerandos la remisión a fallos de la en ese entonces llamada Corte Suprema de Justicia, la que señalaba que la naturaleza jurídica de estos contratos era de índole laboral. Adicionalmente, la prenombrada ley, en su artículo 25 establece la obligación de afiliarse al régimen de Seguridad Social (IESS) a los futbolistas, siendo el Consejo Superior del IESS el ente que en octubre 2014 emitió la resolución para normar la afiliación al IESS del futbolista profesional.

Ahora, de acuerdo con lo ya antes anotado, puedo concluir lo siguiente en lo que respecta al contrato laboral de los futbolistas y deportistas profesionales.

### *Un contrato de naturaleza laboral*

No es de sorprender lo particulares que son los contratos firmados entre jugadores y clubes, ya que, a diferencia de cualquier trabajo convencional, estos acuerdos están sujetos a variaciones, condiciones y hasta pagos especiales, así como cláusulas específicas, por ejemplo, aquellas que le impidan a un jugador enfrentar a determinado equipo. El contrato por el que un futbolista profesional presta sus servicios a un club, establece derechos y obligaciones que se supondrán balanceadas para las partes, en una actividad que por su naturaleza puede dar origen a distorsiones provenientes de la situación financiera de los clubes o de la voluntad de las partes para respetar las cláusulas que suscriben o las disposiciones legales del Estado, las que emanan del organismo rector del fútbol.

Por un contrato deportivo laboral el futbolista se obliga por un tiempo determinado a jugar al fútbol siendo parte de un equipo de una institución deportiva y por ese trabajo se le pagará determinada cantidad de dinero. El futbolista profesional en su calidad de deportista queda y se pone a las órdenes del club que contrata sus servicios. Este sometimiento, en razón del contrato laboral, deja al profesional del fútbol bajo la dirección de las autoridades administrativas y técnicas de su club a cuya disposición cumplirá una pretemporada, disputará partidos de fútbol, por torneos locales, nacionales o internacionales, cumplirá jornadas de entrenamiento físico y psicológico, se adaptará al régimen de trabajo en equipo, característica de esta profesión, en la que interactúan profesionales de otras ramas como médicos de varias especialidades.

### *Atípico*

Por el especial tratamiento normativo respecto de la ley matriz laboral general con la que los demás trabajadores se rigen. Atípico, especial lo llaman otros, pero su naturaleza será siempre laboral-atípico, igualmente porque rompe los esquemas propios de la normatividad laboral común que prevé, por ejemplo, jornadas de descanso los fines de semana. Mientras que el trabajador del fútbol, concluye su trabajo semanal con la presentación de su equipo los días sábados o domingos. Hay que añadir también otros elementos muy particulares como son las concentraciones, los viajes, horarios especiales de entrenamiento, etc., que son impuestos por el empleador, por la propia peculiaridad de la tarea y a los que se somete el trabajador y que hacen de la actividad y del contrato temas sin duda muy particulares.

Cuando tratamos de desentrañar las funciones latentes del fútbol encontramos unos procesos po-

sidad de San Buenaventura, Cali, (2017): 5

17 Ecuador, Ley del Futbolista Profesional, Registro Oficial 462, 14 de mayo de 2001.

livalentes, fluidos y contradictorios que desafían cualquier interpretación única o simplista.<sup>18</sup>

### *Bilateral*

Ya que las dos partes, club y futbolista, se obligan en el contrato recíprocamente.

### *Oneroso*

En razón de que a cambio de sus servicios profesionales el futbolista recibe una retribución en dinero, la que consta en el instrumento contractual. El mismo que acorde con la Ley del Futbolista, debe ser inscrito en la Federación Ecuatoriana de Fútbol.

### *Consensual*

Se funda en el consentimiento entre las partes. En el anticipado acuerdo que mutuamente habrán de respetar. Estos contratos se entienden cerrados una vez que los comparecientes (empleador-trabajador), dejen constancia de su voluntad, como dispone la ley respectiva.

### *A plazo fijo*

La Ley de Futbolista, señala igualmente que podrá ser indefinido. En el primer caso decir que tiene una fecha predeterminada de vencimiento, pero siempre será estable por mínimo un año, igual en al caso de los indefinidos. Si no se ha estipulado expresamente la terminación del contrato, de derecho se lo presumirá indefinido. Si el club no desee renovar contrato habrá de notificar al futbolista por escrito con un mes de anticipación por lo menos a la fecha de su terminación. Los contratos podrán terminar por las causas previstas en la Ley del Futbolista, art. 30, y bajo los condicionamientos que previamente a la cesación de relaciones debe cumplirse como disponen los artículos 31 y 32 del citado cuerpo legal. Hay que acotar que no solamente el contrato del futbolista profesional rige las normas la-

borales de éstos, sino que es también el Código de Trabajo el que los rige, esto hablando exclusivamente de Ecuador.

### *Sinalagmático y de tracto sucesivo*

El solo hecho de su suscripción genera como se ha dicho derechos y obligaciones para los futbolistas y los clubes, como trabajador y como empleador.

### **La relación laboral es una realidad**

Integrada por dos partes, sujetos del contrato de trabajo: el club que es el empleador y el futbolista profesional, el trabajador. El club, que es una persona jurídica para el cual el futbolista presta sus servicios. No obsta que por aparecer ésta como aquéllas de las que no tienen como fin el lucro puedan ser consideradas como empleador. El futbolista profesional, quien por la tarea que desempeñará recibirá una remuneración en dinero que será pactada en el instrumento contractual respectivo por escrito y que obligatoriamente se inscribirá en la Secretaría de la Federación Ecuatoriana de Fútbol dentro del plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de su suscripción. El club cumplirá esta obligación entregando una copia del contrato, con la razón de que el mismo ya ha sido registrado en la FEF, al futbolista profesional.

Además, y fundamentalmente, concurren elementos jurídicos y doctrinales típicos que sustentan una relación laboral, tales como las siguientes.

### *Subordinación*

Que no es otra cosa que la jerarquía y poder que ejerce el empleador sobre su trabajador para que éste cumpla sus disposiciones, órdenes o instrucciones, las que pueden ser directas o por medio de los otros empleados del club. La reglamentación institucional y

18 Bromberger, Christian. «El fútbol como visión del mundo y como ritual», en M. A. Roque (ed.), *Nueva antropología de las sociedades mediterráneas*, Barcelona, Icaria, 2000, pp. 253-274.

disciplinaria de los clubes a la que se someten los jugadores de fútbol es ejecutada por los entrenadores, preparadores físicos, médicos, directores técnicos, gerentes técnicos o administrativos, coordinadores, etc. Los instructivos que deben obedecer los futbolistas no son solamente referidos al juego, ni a los planteamientos técnicos o demandas físicas, sino a la preparación integral del trabajador y a las conveniencias propias de la empresa deportiva que es cada club.

Están sujetos los futbolistas a horarios de trabajo inusuales y a un comportamiento vinculante a su contrato dentro y fuera del campo de juego que tiene que ver con su vida privada inclusive, ya que la llevará ordenada en todo sentido, inclusive la que involucra su nutrición y aspectos más íntimos, para mantener su forma física y rendimiento técnico en óptimas condiciones a fin de que en los partidos rindan al máximo de sus capacidades en beneficio de la entidad para la que trabajan, quien proveerá los expertos en cada técnica y la infraestructura propicia para que el jugador pueda cumplir y desarrollar al máximo sus potencialidades.

### *Continuidad-estabilidad*

Los futbolistas son contratados normalmente por la temporada, lo que implica un año de estabilidad. Aquí cabe la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las partes dentro de los noventa días que prevé el Código del Trabajo. Sin embargo, esta es la parte más delicada de la relación, ya que aún se dan rompimientos unilaterales de los contratos, en su mayoría por parte de los empleadores, que desconocen o no se sujetan a las disposiciones legales para no incurrir en despidos intempestivos que pueden traerles dolores de cabeza y el pago de importantes sumas. Es posible incorporar cláusulas adicionales a los contratos de trabajo de los futbolistas que permitan la resolución de los contratos con indemnizaciones prepactadas por distintas circunstancias. Cada cláusula y

el motivo de ella debe ser analizada para evitar autoengaños sobre el alcance de las mismas, jurídicamente hablando. Los derechos de los trabajadores futbolistas profesionales son tan irrenunciables como los de los trabajadores regulares.

### *Remuneración prepactada*

Este elemento tipificante de la relación laboral, confirma el carácter de trabajador. El futbolista tiene derecho a un pago por su trabajo y a los beneficios adicionales que dispone la ley; así como a ser afiliado obligatoriamente al sistema de seguridad social. Lo que no puede ser renunciado por los trabajadores, ni tampoco negociado por los clubes para pagar al jugador la parte correspondiente y evitar sus obligaciones patronales.

### *Exclusividad*

Un elemento importante del vínculo laboral es que queda sometido el trabajador a ser exclusivo por el tiempo que dure el contrato, el futbolista no podrá prestar sus servicios en ningún otro club o institución deportiva, ni siquiera le está permitido intervenir en cotejos amistosos o benéficos si no cuenta con el consentimiento expreso de su empleador. La dependencia al empleador es total y a tiempo completa.

### *Ajenidad*

El futbolista profesional trabaja por cuenta ajena, elemento propio de la relación laboral. El trabajador no se entiende, ni atiende temas económicos financieros de la entidad que lo ha contratado, él debe recibir su remuneración a tiempo, es decir, conforme conste en el contrato que lo vincula a su club y dedicarse a jugar por el sueldo que recibe y ha pactado previamente. El futbolista es ajeno a lo que pueda suceder con las áreas del club. Los directivos son quienes han adquirido el compromiso económico y a ellos les corresponde la solvencia o insolvencia de su institución. Creemos que es ilegal toda disminución o resta en los valores que les corresponde recibir

a los jugadores en sueldos, primas o premios previamente pactados, alegando una mala situación económica de los clubes. El procedimiento a mi entender es ilegal.

### *De sanción*

El empleador, en este caso el club o entidad para el cual el futbolista presta sus servicios, posee el elemento coercitivo suficiente para sancionar a sus trabajadores. Sanciones que en nuestro país tienen dos vías: aquella eminentemente deportiva que puede llegar a impedir que el futbolista se desempeñe como tal por un tiempo, por faltas graves en su club y, la otra, que es la eminentemente administrativa, que sería la prevista en la ley, previa la existencia de un reglamento disciplinario interno. Sanción que normalmente es de carácter económico. Esta potestad del empleador cierra el círculo de tipicidades propias que demuestran que entre el futbolista profesional y su club o entidad la relación que existe es de trabajo, laboral y que al amparo de esas normas deben cumplirse derechos y obligaciones mutuas.

### **Conclusiones**

Debido a que me enfocado principalmente con el derecho contractual laboral en el deporte, ligado conjuntamente con el principio de igualdad, estabilidad laboral y principio de dignidad y seguridad en el trabajo, debemos buscar en los mismos, soluciones o alternativas para que los deportistas (principalmente los futbolistas) no sufran tantos atentados a sus derechos.

Este importante fenómeno social y cultural, que no tiene fronteras físicas, gestó su forma de desarrollo actual, fundamentalmente a través de entidades de origen asociativo en un principio, a las que se unieron corporaciones de carácter público después, y sociedades mercantiles cuando el deporte se convirtió en objeto de consumo.<sup>19</sup>

Se debe tomar en cuenta que la crisis por la que atraviesa el mundo no podía dejar de afectar a una de las actividades de nuestra sociedad que más seguidores y más pasiones genera: «el fútbol». En el derecho laboral existen una serie de principios fundamentales que buscan proteger a la parte débil de la relación laboral, es decir, el fin del derecho del trabajo es darle protección al trabajador logrando trato justo, equitativo e igual en la relación laboral por medio de los principios laborales, sin dejar de lado la autonomía deportiva.

Para que se cumpla este precepto antes anotado, tanto los organismos internacionales como locales deben crear nuevas normativas y centrar mecanismos de control más efectivos que favorezcan a los deportistas profesionales y así los mismos no sufran tanta precariedad e injusticia laboral, que es una de las quejas fundamentales en nuestros tiempos (hablando deportivamente).

Una de las principales contradicciones es que al contratar futbolistas no se respeta el estatuto laboral vigente, en el que se establece qué constituye salario y qué no, y que fija requisitos claros para que una actividad sea considerada trabajo. Esto ha provocado también que en las transferencias, préstamos, cesiones o venta de jugadores se privilegien los intereses del club y la negociación se haga sin la intervención del futbolista, excepto en los casos en que tenga carta de libertad.

Otro aspecto que perjudica al jugador es la confusa forma de afiliarlos al sistema de seguridad social, una obligación ineludible, pero que no se cumple, pues se usan maniobras legales similares a las que fijan el salario básico y las bonificaciones.

Igualmente, a muchos futbolistas no se les da participación justa en los ingresos de la explotación comercial de su imagen o en lo que recibe el club por su transferencia, pero tal vez lo peor es que se les somete a vetos y rechazos, cuando un club considera que han

19 Paris, Fernando. *La planificación estratégica en las organizaciones deportivas*, Madrid, Editorial Paidotribo, 2000, 31.

violado el contrato, sin esperar siquiera que un fallo judicial lo confirme.

Se puede abundar mucho sobre el tema expuesto, pero por la limitación de la extensión del trabajo, se da una panorámica un poco general en un tema del que se vierten opiniones con pasión, porque eso es el fútbol y la pasión es un plato que se come caliente y que corre por mis venas.

## REFERENCIAS

- Bromberger, Christian, «El fútbol como visión del mundo y como ritual», en M. A. Roque (ed.), *Nueva antropología de las sociedades mediterráneas*, Barcelona, Icaria, 2000, pp. 253-274.
- Ecuador, Asamblea Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional, *Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, 26 de junio de 2019.
- Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley del Deporte, Educación Física y Recreación*, Registro Oficial 255, 20 de febrero de 2015.
- Ecuador, Congreso Nacional, *Ley del Futbolista Profesional*, Registro Oficial 462, 14 de mayo de 2001.
- Espartero, Julián, *Introducción al derecho del deporte*, t. IX, Madrid, Dykinson, 2009, p. 278.
- García, Pedro, «Mujer y deporte, hacia la equidad e igualdad», en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, N.º 30, Caracas, 2008, p. 75.
- Guadarrama, Rocío, «Precariedad laboral y heterogeneidad ocupacional: una propuesta teórico-metodológica», en *Revista Mexicana de Sociología*, N.º 2, México, 2012, p. 217.
- Gutiérrez, A. y Pardo, J. A., *El derecho al trabajo y a la seguridad social del futbolista profesional colombiano* (Trabajo de grado), Cali, Universidad de San Buenaventura, 2017, p. 5.
- Jaramillo, Iván, «Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia», en *Revista Opinión Jurídica*, N.º 18, Medellín, 2010, pp. 59-60.
- Paris, Fernando, *La planificación estratégica en las organizaciones deportivas*, Madrid, Editorial Paidotribo, 2000, p. 31.
- Pautassi, Laura, ¡Cuánto trabajo mujer! *El género y las relaciones laborales*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2007, pp. 51-84.
- Romagnoli, Umberto, «Renacimiento de una palabra», en *Dialnet, Revista de derecho social*, N.º 1. Madrid, 2005, p. 10.
- Rozo, Jairo, «Derecho y deporte: las leyes deportivas», en *Revista de la Escuela de Administración de Negocios*, N.º 3, Bogotá, 1987, p. 62.

# El delito de child grooming, terminología y sus elementos del tipo

## *The crime of child grooming, terminology and elements of the criminal offence*

PEDRO SEBASTIÁN JERVES

MA. DEL CARMEN RODRÍGUEZ TAPIA\*\*

ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-7290-8611>



Recibido:  
11/11/2020

Aceptado:  
20/12/2020

### Resumen

Los delitos cometidos a través de las TIC<sup>1</sup> se han convertido en una amenaza mundial, por esta razón, los legisladores ecuatorianos han incorporado tipos penales que sancionan estos actos que afectan a la sociedad, siendo los niños, niñas y adolescentes el grupo más vulnerable al encontrarse expuestos a redes de pederastas que actúan por medio de las redes sociales. Es así que, la figura encargada de combatir este ilícito es el *child grooming*, el cual fue incorporado en los años noventa en el sistema anglosajón, en el año 2010 comenzaron a sumarse algunos países europeos, finalizando con América del Sur en el año 2011. Este antecedente histórico motivó a la legislación ecuatoriana a incorporar la figura del *child grooming* en el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el año 2014, en el art. 173, que determina que el sujeto activo será cualquier persona mayor de dieciocho años, sujeto pasivo los niños, niñas y adolescentes y el verbo rector el contacto por medios electrónicos con una finalidad sexual, es así que, el tipo penal se encarga de proteger el bien jurídico indemnidad sexual que precautela el desarrollo físico y psicológico de los menores de edad.

### Palabras clave

Nuevas criminalidades, delitos informáticos, tecnologías de la información y comunicación (TIC), *child grooming*, indemnidad sexual.

1 \*Abogado de los tribunales y juzgados de la República por la Universidad de las Américas. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Diplomado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Internacional del Ecuador.

\*\* Investigadora independiente.

Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en este contexto.

## Abstract

Technological development has caused a revolution in humankind. It has been positive sometimes, and in some other cases, it has affected legal assets by using technology to commit illicit conduct or acts that may put at risk vulnerable groups of any given society. That is the reason why, penalizing regulations and law must adapt to new ways of criminality. For example, Ecuador enacted The Comprehensive Organic Criminal Code (COIP) in 2014, which included several criminal types to sanction new ways of criminal offense through technology. That is the case of the section #173 of the law mentioned above, that protects children and youths welfare jeopardized constantly due to the easy access to ICT.<sup>2</sup> Therefore, it is important to analyze the legal asset protected from this crime and, the historical background of *child grooming* too, through comparative law, in order to determine importance within the different bodies of criminal law.

## Keywords

New criminalities, cybercrime, information and communication technologies (ICT), child grooming, sexual indemnity.

## Introducción

La evolución de la sociedad ha ocasionado nuevas formas de criminalidad, provocando que el derecho penal se expanda para proteger nuevos bienes jurídicos que no eran considerados como un problema social o no existían;<sup>3</sup> es así que la dogmática penal ha fijado su interés en la política criminal con el fin de que existan normas que se adapten a la «sociedad de riesgo», caracterizándose, muchas de las veces, por adelantar las barreras punitivas.<sup>4</sup>

Dicha evolución se evidencia en el avance tecnológico que ha generado una sociedad globalizada y comunicativa, que induce a la creación de nuevas relaciones sociales dentro y fuera del continente. Ante estos cambios a los que estamos expuestos

aparece el concepto de «riesgo» que nace de las conductas de peligro que desarrolla el ser humano con la finalidad de lesionar un bien jurídico protegido por el derecho penal, el cual es denominado como «delito de peligro», que en política criminal es considerado como una herramienta para luchar contra los diferentes tipos de criminalidad, ya que se debe interceder antes de la comisión de delitos transnacionales o que por su peligrosidad deben ser neutralizados antes de la consumación de otros delitos, entendiendo que las fronteras no solamente sirven para expandir la comunicación, sino que, a su vez, la delincuencia aprovecha canales internacionales para expandirse y beneficiarse de sus acciones ilícitas.<sup>5</sup>

2 Information and Communication Technology ICT in this context

3 Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Barcelona, Civitas, 2001, p. 1.

4 Zúñiga, Laura, *Política criminal*, Salamanca, Colex, 2001, p. 240.

5 Zúñiga, Laura, *Política criminal, op. cit.*, pp. 255, 259, 265.

Este actuar es definido por el catedrático Jesús María Silva Sánchez como una «efectiva aparición de nuevos riesgos», que crea una «sociedad del miedo», manejada por los medios de comunicación que producen imágenes sesgadas de la realidad que inducen a los ciudadanos a sentirse inseguros y exigir normas más punitivistas para erradicar los delitos, sin importar que transgredan los derechos fundamentales de las personas. La representación de la prensa mediadora y educativa ha cambiado, actualmente se maneja de acuerdo al consumo dejando a un lado la verdad y convirtiéndose en una creadora de derechos, exigencias, conductas de criminalidad que no poseen ninguna estructura de veracidad;<sup>6</sup> sin embargo, se ha considerado un poder configurador para la sociedad que presiona al Estado a tomar medidas inmediatas para que los espectadores no cuestionen el proceder de la justicia ante casos que son considerados mediáticos.<sup>7</sup> Esta expectativa ha provocado el incumplimiento del principio de mínima intervención<sup>8</sup> (ultima ratio) del derecho penal por querer subsanar los nuevos problemas de la sociedad de una manera punitivista; sin embargo, el delito de *child grooming* es un hecho real que sucede dentro de la sociedad y es necesario que se tipifique, ya que no es una exageración producida por los medios de comunicación.

Pese a esto, el avance de la sociedad que va a un ritmo acelerado, exige al ser humano que se adapte a este crecimiento tecnológico, económico, etc. Es así que, el delito de *child grooming* es un peligro real e inminente que expone a los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, el derecho debe alinearse a las nue-

vas criminalidades, es imposible continuar con preceptos normativos vetustos ante esta etapa de globalización que actúa a través del uso de herramientas digitales.

Actualmente, el derecho como ciencia jurídica ha tenido que expandirse y evolucionar para adecuarse a una sociedad que vive en constante desarrollo, ya que las fronteras entre países se acortan con el uso de las nuevas tecnologías, lo que permite que la delincuencia haga uso de estos canales para cometer ilícitos, a través, de una estructura organizacional que crea una red de comercio para mover capitales ilícitos, los cuales, necesitan de la unión del derecho penal con la política criminal para ser identificados y sancionados, dando origen a la expansión de cierta tipificación penal.<sup>9</sup>

El protagonismo alcanzado por las TIC<sup>10</sup> y las redes sociales, que ha sido producto del fácil acceso a internet en la sociedad,<sup>11</sup> es indiscutible, independientemente de las características de cada individuo, como la edad, el género o el nivel de estudios. Se puede decir entonces que la tecnología es utilizada como método de acceso a información y de comunicación sin discriminación de sus usuarios. El acceso a estas redes dejó de ser un privilegio y pasó a ser una necesidad en nuestros tiempos, abandonando límites de toda índole, pero sobre todo, sirvió para adaptar las normativas vigentes a los problemas políticos criminales para enfrentar las nuevas formas de criminalidad y tener una relación estrecha con la dogmática, es así que con el auge del derecho penal moderno, se incorporaron nuevos tipos en los códigos de la materia que tienden a confundir lo real con lo ficticio o lo lesivo

6 Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión...*, op. cit., p. 16.

7 Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión...*, op. cit., p. 253.

8 Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel S. A., 1994, p. 16.

9 Zúñiga, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 270.

10 En este contexto (TIC) Tecnologías de la información y la comunicación.

11 La Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC) determinó que para el 2010, más del 70% de internautas españoles hacían uso de redes sociales.

con lo peligroso;<sup>12</sup> sin embargo es importante señalar que la figura del *child grooming* es una problemática real que ocurre a través del avance de las estructuras modernas.<sup>13</sup>

La facilidad para utilizar estas nuevas tecnologías, conjugada con los rasgos culturales de las sociedades en materia sexual, han dado lugar a la creación de una figura de agresor sexual como un individuo solitario y sobre todo desconocido frente al menor en los delitos que protegen la indemnidad sexual con la utilización de medios telemáticos. Consecuentemente, los esfuerzos de los poderes legislativos de cada país se han direccionado hacia la incriminación de estas conductas adelantando las barreras de protección penal al sancionar comportamientos que constituyen actos de preparación de atentados a la indemnidad sexual de un menor como el *sexting* o *grooming*.<sup>14</sup>

### El *child grooming* y su tipificación en la legislación comparada

La presencia del «internet» en las sociedades posindustriales ha generado nuevos riesgos en los que se ven inmersos los menores de edad, pues el acceso a esta herramienta se encuentra al alcance de este grupo de personas, en su mayoría de veces sin restricciones, tal es el caso de las redes sociales de Facebook, Insta-

gram, etc., que no poseen una estructura rígida para obtener una cuenta, por lo tanto, los datos solicitados por estas aplicaciones pueden ser fácilmente alteradas permitiendo que todas las personas accedan a estas redes que *a posteriori* pueden ser utilizadas como base o medio para el cometimientos de nuevas formas de criminalidad que ponen en peligro la indemnidad sexual de los menores de edad. Por tanto, la comunidad internacional a través de convenios y tratados para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes plantea que la visión normativa de los Estados no posea ambigüedades, es decir, que no sea susceptible a varias interpretaciones respecto de la protección del menor, estableciendo principios rectores para su aplicación.<sup>15</sup>

Es así que en el año 1989 entra en vigencia «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño» con la disposición de que todos los Estados parte son responsables de resguardar el desarrollo personal de los niños, por lo que su normativa debe estar orientada a controlar y prevenir acciones lesivas como los abusos sexuales, explotación de menores, prostitución, etc.,<sup>16</sup> con la premisa que la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» estipula que los menores de dieciocho años deben recibir cuidados especiales por su falta de madurez psicológica y física.<sup>17</sup>

12 Sánchez Zapata, Sebastián, «El delito de pornografía infantil y TIC», en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2013, p. 172.

13 Sánchez Zapata, Sebastián, «El delito de pornografía...», *op. cit.*, p. 172.

14 Sánchez Zapata, Sebastián, «El delito de pornografía...», *op. cit.*, pp. 172-174.

15 Poder Legislativo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, *Manual para parlamentarios. El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (Convenio de Lanzarote)*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, México, 2011, pp. 13-17.

16 La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: artículo, 19.- «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial».

17 La Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículo, 25.- «La maternidad y la infancia tienen derecho a cui-

Esta problemática global es tratada por el «Convenio de Lanzarote» vigente a partir del año 2010, donde se agregan mecanismos destinados a los Estados para priorizar la promulgación de normas que combatan las acciones que vulneren o pongan en peligro la indemnidad sexual de los niños,<sup>18</sup> mencionando que la perpetración de estos ilícitos han traspasado las barreras físicas, ya que, actualmente se localizan en la esfera digital a través del uso de las TIC.<sup>19</sup>

La arremetida por parte de EE. UU. contra los cibercosadores a inicios de los noventa, no solo fue importada por parte de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sino que ha alcanzado a organismos internacionales, con lo que se crea requisitos vinculantes a los Estados parte de un Convenio<sup>20</sup> y por el incremento exponencial del uso de las TIC en comportamientos de delincuencia sexual, los convenios internacionales han ido evolucionando desde la protección del menor sobre la pornografía infantil hasta llegar a la protección de comportamientos como el *grooming*,<sup>21</sup> lo cual necesita de una protección adelantada del sistema penal, mediante el adelantamiento de sus barreras.

El problema del *grooming* es tan grave que en los años 2000-2001 Estados Unidos de Norteamérica procedió a realizar una investigación con el fin de obtener cifras que ayuden a delimitar la procedencia de las personas que se ponían en contacto con los menores de edad por medio de las redes sociales, es así que el 44% de los sujetos activos de esta nueva criminalidad eran miembros del círculo familiar de la víctima y el 56% estaba conformado por vecinos, profesores, etc., es decir, personas que sostenían una relación directa con el menor de edad.<sup>22</sup> El pronóstico de esta investigación alentó la incorporación del «Common Law» en la tradicional legislación europea con la entrada en vigencia del «Convenio de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y abuso sexual» el 15 de octubre del 2007, documento que exige a los Estados europeos adoptar medidas legislativas para sancionar las proposiciones con fines sexuales a niños por medio del uso de las TIC, es así que Francia y Noruega se acogieron a esta exigencia en el año 2007, seguidos por Holanda y España en el año 2010.<sup>23</sup>

La legislación española el 22 de junio del 2010 tipificó en el Código Penal español

---

datos y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

18 Convenio de Lanzarote: artículo, 23.- «Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a) del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro».

19 Poder Legislativo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, *Manual para parlamentarios...*, op. cit., pp. 13-17.

20 En instancias internacionales el documento que marca el punto de partida de la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989; el Protocolo Facultativo contra la venta de niños del año 2000.

21 Algunos de los Convenios y Decisiones referentes a la protección en varios aspectos: Convenio del Consejo de Europa de 2000, art. 9.2; Decisión Marco 2004/68/JAI; Acción Común del Consejo Europeo 2000/375/JAI de 29 de mayo de 2000; Decisión Marco 2000/220/JAI.

22 Instituto de la Familia Koons sobre Política y Derecho Internacional, *Grooming por internet de niños, niñas, y adolescentes con fines sexuales: modelo de legislación y revisión global* (International Centre for Missing and Exploited Children, Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados, 2007), p. 19.

23 Villacampa Estiarte, Carolina, «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: Configuración presente del delito y perspectivas de modificación», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, Madrid, Latindex, 2014, p. 659.

el «*child grooming*», a través de la reforma 5/2010,<sup>24</sup> se dispone en el «art. 183 ter» que el delito surge con el contacto de una persona adulta hacia un menor de edad por medios telemáticos, con la particularidad de que esta conducta se encuentre encaminada a concretar un acercamiento con finalidad erótica, que pondrá en peligro la indemnidad sexual que poseen los menores. Cabe señalar que este acercamiento puede ser por medio de intimidación o engaño,<sup>25</sup> tal es el caso del contacto de un profesor que abusa de su posición jerárquica con su alumna provocando temor en la menor o un adulto que utilice una red social que contenga información fraudulenta para concretar este acercamiento, estos casos poseen una particularidad, ya que, el legislador establece que la sanción de la conducta del «*child grooming*» será de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, mientras que el «*child grooming*» que se constituya con los agravantes mencionados será la mitad superior de la pena mencionada.<sup>26</sup>

El desarrollo normativo de algunos países de América del Norte y Europa, incentivó a tipificar esta nueva criminalidad en las legislaciones penales de países de América del Sur, por ello, en el año 2011 la «Ley N.º 20. realizó varias modificaciones al Código Penal chileno entre estas la incorporación del artículo 366 *quáter* que se caracterizó por llenar los vacíos legales, es así que rige como delito las accio-

nes con connotación sexual desarrolladas de manera virtual,<sup>27</sup> en mi opinión el legislador chileno intentó incluir esta nueva conducta de riesgo, la indemnidad sexual del menor de una manera errónea, ya que, no establece que debe existir actos materiales encaminados a un encuentro de carácter sexual, elementos básicos que definen el comportamiento del «*child grooming*», sino que se limita a colocar actos propios del ciberacoso como realizar actos de índole sexual con la utilización de webcam u otros medios telemáticos, dejando una inconsistencia considerable que no permite proteger de una manera íntegra a los niños, niñas y adolescentes chilenos.

Así mismo, Ecuador adicionó el «*child grooming*» en el año 2014 con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el art.173 para proteger el bien jurídico de la indemnidad sexual del menor,<sup>28</sup> en efecto, el mismo año que se promulgo el delito la Fiscalía General del Estado receptó 21 denuncias a nivel nacional, en el año 2018 incrementó a 203 denuncias, actualmente el gobierno ecuatoriano decretó confinamiento obligatorio a sus ciudadanos, a través, del Decreto N.º 1017 con el fin de aminorar la propagación del virus covid-19, generando el acceso masivo a internet para efectuar actividades laborales y académicas, lo cual, produjo que la Fiscalía General del Estado obtuviera setenta denuncias presentadas los primeros

24 Panizo Galence, Victoriano, «El ciber-acoso con intención sexual y el *child grooming*», en *Quadernos de Criminología, revista de criminología y ciencias forenses*, N.º 12, Valladolid, SECCIF, 2011, p. 25.

25 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal: artículo, 183 ter.- «l. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

26 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: artículo, 183 ter... *op. cit.*

27 Abarca Arévalo, Patricio, *Child grooming y la Ley N.º 20.526 que crea el delito de grooming en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Universidad Finis Terrae, 2019, pp. 70-72.

28 Código Orgánico Integral Penal: artículo, 173.- «Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

cuatro meses del año 2020.<sup>29</sup> Cifras que nos demuestran que los niños, niñas y adolescentes se ven afectados por estos nuevos riesgos que acarrearán la utilización de las TIC, por lo tanto, nuestro sistema penal al sancionar este delito atroz que afecta a uno de los grupos vulnerables de la sociedad, se adelanta a la barrera de protección penal para sancionar estos actos lesivos.

Tras lo enunciado, el desarrollo normativo internacional avanzó de la posición de persecución de conductas lesivas al campo de la prevención de las mismas, de este modo el primer Convenio para tratar el *online child grooming* fue el Convenio de Lanzarote de 12 de noviembre de 2010, el cual establece en su Preámbulo y sus Objetivos la necesidad de abordar el tema desde los derechos de las víctimas,<sup>30</sup> adicionalmente, este Convenio es mucho más específico en su artículo 23 en donde ya expresamente se hace alusión a la tipificación como delito a la propuesta de un encuentro sexual por parte de un adulto a un niño utilizando medios tecnológicos. Posteriormente,

mediante la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en su artículo 21 hace referencia a la prevención y combate contra la conducta establecida su artículo 6 (*online child grooming*).<sup>31</sup> Atendiendo lo anterior, el *online child grooming* fue incluido en el Código Penal español mediante la reforma operada por LO 5/2010 en su artículo 183 bis y adecuado con mayor precisión en la reforma del Código Penal español de 2015.

### *En Ecuador*

La Constitución de la República del Ecuador en el art. 44 menciona que el Estado ecuatoriano es responsable de garantizar el pleno desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes,<sup>32</sup> por lo tanto, la protección a la indemnidad sexual precautela el desarrollo y la formación de la vida sexual de los menores que se encuentran ante un peligro abstracto<sup>33</sup> que surge a través de la utilización de las TIC, las cuales, no poseen restricciones para acceder a las diferentes redes sociales que son empleadas por pedófilos.

29 Cifras obtenidas de la Fiscalía General del Estado del Ecuador.

30 Dispone en su parte pertinente respecto del Preámbulo: «Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños, y que establezca un mecanismo de seguimiento específico»; respecto de los objetivos el artículo 1.1.a) establece: «Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños».

31 La Directiva 2011/93/UE establece como forma de contacto punible de acoso sexual a la utilización de medios tecnológicos en su artículo 6, así establece: «La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro [...]».

32 Constitución de la República del Ecuador: artículo, 44.- «El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales», en el mismo sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia: artículo, 1.- «Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral».

33 Fernández Mejías, Jorge, «Aproximación a la conducta típica del delito de *child grooming* del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador», en *Perfil criminológico*, Fiscalía General del Estado, vol. 27, Dirección de Comunicación y Promoción Institucional, Quito, 2020, p. 12.

A pesar de los antecedentes mencionados, en el año 2014 entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP) para incorporar tipos penales que en otras legislaciones ya se encontraban a partir de los años noventa, como es el caso del sistema anglosajón, es así que, el doctor Ramiro García Falconí menciona que el Código Orgánico Integral Penal actual consta como una copia del Código Penal belga de 1934, el cual, para su creación utilizó como referencia al Código Penal francés de 1820,<sup>34</sup> es decir, que Ecuador lleva 200 años de retraso en cuanto a la legislación penal, siendo un tema paradójico, ya que en el año 2008 se promulgó la Constitución de la República del Ecuador presentándose como un cuerpo normativo nuevo y actual que se encuentra a la vanguardia de los cambios de la sociedad, al analizar el progreso de los códigos ecuatorianos puedo concluir que este tema de la Constitución fue utilizado como fachada internacional, con el fin de aparentar un Estado garantista, ya que nuestra legislación penal entre otras se encuentra basada en un modelo vetusto, es decir que contamos con normas que no se encuentran actualizadas a las nuevas criminalidades o avances de la sociedad.

La figura del *child grooming* en el Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificada como el «Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos», decretado en el art.173,<sup>35</sup> siendo una medida que previene que el sujeto activo, en este caso la persona adulta que se ponga en contacto con un menor de dieciocho años, llegue a colocar en peligro otros

bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Es por esta razón, que el legislador mediante el tipo penal de *child grooming* adelanta la sanción con el simple contacto entre el adulto y el menor a través de la actividad de chats que insinúen acordar una cita con un fin erótico, cabe señalar que no es necesario que la insinuación sea presentada de manera directa por parte del sujeto activo, sino que, puede darse por medio del envío de elementos como canciones o videos musicales que posean referencias sexuales.<sup>36</sup> Por lo general este tipo de delitos son concebidos por personas que se encuentran en el mismo círculo social del menor, sea profesores, tíos, etc., pero no podemos descartar que existan pedófilos asechando las redes sociales para encontrar una potencial víctima, alterando su identidad para lograr el acercamiento con el niño.

### Terminología del *child grooming*

Para referirse al adulto que utiliza las TIC para realizar un acercamiento al menor con el propósito de cometer un delito contra libertad o indemnidad sexual se suele utilizar diferentes expresiones,<sup>37</sup> así podemos referirnos a la crítica que en un inicio se dio al término «grooming» ya que si se penaliza la conducta de aquel adulto que por medio de sistemas informáticos se comunica con un menor a fin de facilitar la comisión de delitos sexuales, se estaría penalizando al grooming como método preordenado para el abuso y no al grooming en sí mismo, de igual manera la denominación de *ciberacoso* no es precisa en su totalidad ya que la palabra acoso lleva implícito importunar o molestar a la víctima,

34 García Falconí, Ramiro, *Código Orgánico Integral Comentado*, t. I, 2.ª ed., Quito, Latitud Cero Editores, 2014, p. 29.

35 Código Orgánico Integral Penal: artículo, 173.- «Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

36 Código Orgánico Integral Penal: artículo, 173..., *op. cit.*

37 Díaz Cortés, Lina Mariola, «El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código Penal; una aproximación a su estudio», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Ministerio de España, Madrid, 2012, p. 5.

lo que en su esencia el grooming no conllevaría pues esta conducta es un proceso que puede iniciar con amistad e incluso puede existir muestras de atención y afecto por parte de los intervinientes.<sup>38</sup> Frente a esto, lo más preciso es considerar a esta conducta como — el contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores— buscando precisar el contenido del *grooming* en razón de su sujeto activo donde el que lo realiza en su mayoría de casos es un adulto;<sup>39</sup> es lo que se ha querido plantear tanto en el ordenamiento jurídico español y el ecuatoriano.

## Bien jurídico y elementos del tipo

### *El bien jurídico*

El bien jurídico ha generado una amplia discusión, creando dos líneas doctrinales, de las cuales la mayoritaria establece que el derecho penal protege los bienes jurídicos para resguardar las realidades imprescindibles que se establecen para desarrollar una vida pacífica y libre de las personas,<sup>40</sup> por lo tanto, se conciben en el interior de una sociedad, los cuales, evolucionan con el crecimiento y avance de la población. Los bienes jurídicos emergen de los delitos establecidos en los códigos penales, los cuales, se encuentran en constante evolución por causa de las nuevas criminalidades, como es el caso de los delitos sexuales en el que el bien jurídico tutelado por el Estado es la libertad sexual e indemnidad sexual, cabe señalar que en el Código Penal Ecuatoriano de 1971 las lesiones de

naturaleza sexual eran consideradas como atentados contra el pudor determinado en el «capítulo II», en el mismo sentido sucedía en la legislación española quienes hasta el año 1989 sancionaban a estas acciones como delitos contra el honor<sup>41</sup> que se encontraban ligados a valoraciones religiosas y morales, por esta razón no existía una protección íntegra a todas las personas, por lo tanto con el vigente Código Orgánico Integral Penal estas figuras fueron abolidas para resguardar a la libertad sexual e indemnidad sexual como bienes jurídicos individuales, en efecto, las alusiones de honestidad en los delitos sexuales se consideraron vetustas y discriminatorias.<sup>42</sup>

La libertad e indemnidad sexual son pertenecientes a la teoría dualista, ya que, ambos bienes jurídicos nacen de los delitos sexuales, pero poseen diferencias en la dogmática y normativa penal, es decir, cumplen con los preceptos dualistas al ser similares teóricamente pero diferentes al momento de aplicar la sanción al sujeto activo,<sup>43</sup> por esta razón la tutela del Estado sobre la «libertad sexual» es destinada a las personas que han cumplido la mayoría de edad que se encuentre determinada en el ordenamiento jurídico, es así que, la «indemnidad sexual» es exclusivamente para los incapaces y las personas que no posean el rango de edad para ser considerados adultos, los cuales, se encuentran en desarrollo progresivo de la sexualidad para alcanzar la plena madurez física, psíquica y sexual que les permitirá poseer autonomía en el ámbito sexual.<sup>44</sup>

38 Ramos Vázquez, José Ramón, «El llamado delito de *child grooming*»: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal».

39 Díaz Cortés, Lina Mariola, «El denominado *child grooming*...», *op. cit.*, p. 7.

40 Roxin, Claus, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, en *Indret: revista para el análisis del derecho*, N.º 4, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 5.

41 Suárez Rodríguez, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 42-46.

42 Suárez Rodríguez, Carlos, *El delito de agresiones...*, *op. cit.*, p. 42.

43 Muñoz Conde, Francisco, «Monismo y dualismo en el derecho penal español», en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 6, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1981-1982, p. 219.

44 Arocena, Gustavo Alberto, *Ataques a la integridad sexual*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Astera, 2012, p. 3-5.

Las condiciones que los menores de edad deben alcanzar para consentir actos de naturaleza sexual son esenciales para garantizar el resguardo de su integridad física y psicológica, que ayudarán a la futura autodeterminación sexual del menor, a partir de lo mencionado los legisladores deben implementar nuevas normas que permitan resguardar la indemnidad del menor ante los nuevos delitos que se han generado con el avance de la tecnología, es así, que en la actualidad los menores pueden tener contacto con personas mayores y desconocidas, siendo blanco fácil de pederastas que se encuentra encubiertos por alguna red social que será el medio para contactar al menor.

Estos riesgos a los que están expuestos los menores de edad con el uso de las redes sociales, se ha denominado *child grooming* en la legislación estadounidense, modelo que se ha incorporado al vigente Código Orgánico Integral Penal en el art. 173 como el:

[C]ontacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos. La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si bien es cierto que dentro de las infracciones sexuales el objeto de protección regularmente ha sido la libertad sexual, cabe entonces analizar en los casos en donde el sujeto pasivo no dispone de la capacidad para ejercer su libertad sexual y en donde lo que se busca es la protección de su indemnidad, entendiéndose a esta como el normal desarrollo y formación de la vida sexual del menor, por ello se trata al

*grooming* como un delito de peligro abstracto,<sup>45</sup> con ello se busca adelantar la barrera de protección penal a un momento anterior a la perpetración del abuso e incluso al inicio de ejecución de conductas que son lesivas contra la indemnidad sexual de menores que no tienen la edad mínima para auto determinarse en la esfera sexual.<sup>46</sup> Por ello, bajo las dos perspectivas normativas —la española y la ecuatoriana— se considera al *grooming* como un delito de peligro abstracto, adelantando la mencionada barrera de protección penal por el aumento de conductas en las cuales se utiliza los medios tecnológicos para realizar proposiciones sexuales a menores de edad.

Otra posición es la que defiende un doble andarivel respecto de la valoración del bien jurídico en el tipo penal, ya que por un lado se considera el individual referido al menor en concreto y el supra-individual referido a la infancia en general por la peligrosidad que representa el uso de las TIC en estos delitos,<sup>47</sup> lo que representa una explicación novedosa respecto a la proliferación de delitos de peligro.

### *Elementos del tipo penal*

#### *Sujetos del delito*

Respecto al sujeto activo del *grooming* cabe decir que en la legislación ecuatoriana el sujeto activo de esta conducta es indeterminado, es decir que cualquier persona puede realizar esta conducta, sin embargo, la edad mínima para que se pueda imputar un delito y aplicar una sanción privativa de libertad en el Ecuador es de dieciocho años, consecuentemente si se verifica que la conducta de un menor se adecúa al tipo penal de *grooming*, se ejercerían medidas socioeducativas

45 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2010, p. 240.

46 Así mismo, Bustos Ramírez señaló con mucha antelación respecto a la indemnidad que con las infracciones de índole sexual no solo se debe buscar la protección de la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad, esto es los presupuestos objetivos de ella buscando la intangibilidad o indemnidad sexual, en Bustos Ramírez, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1986, p. 133.

47 Dolz Lago, Manuel Jesús, «Un acercamiento al delito de *child grooming*», en *Diario La Ley*, 2011-I, p. 1740.

sobre el sujeto. No sucede lo mismo en el ámbito español, pues nos hallamos frente a un delito que puede cometer cualquiera; sin embargo, se debe tomar en cuenta la LO 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores de edad en la cual se establece que los que superen la edad de catorce años puedan ser sancionados penalmente. Esto en cierta manera contradice los parámetros internacionales que sirvieron como base para la tipificación de este delito, pues tanto el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE se centraban en la incriminación contra los adultos que propongan el encuentro al menor.<sup>48</sup> No se pretende con esto que se minimice la capacidad lesiva de los menores en esta clase de delitos, pero sí establecer parámetros racionales respecto a la imputación como cuando la conducta la ejerce un menor próximo a cumplir la mayoría de edad y sobre todo en los casos en que la víctima es un menor de corta edad.<sup>49</sup>

En lo que respecta al sujeto pasivo, dentro de la legislación ecuatoriana se toma en cuenta a los menores de dieciocho años, sin distinción alguna, mientras que en la legislación española en un inicio la edad de la víctima era menor a trece años, no obstante, por consideraciones empíricas que demostraban que la edad con mayor riesgo ante estas conductas era entre trece y dieciséis años la reforma de 2015 del Código penal amplió la edad del sujeto pasivo a los menores de dieciséis años.<sup>50</sup>

### *Elementos de la conducta*

En este delito existen una pluralidad de acciones que pueden resumirse en tres: las dos primeras que son partes integrantes del tipo objetivo, esto es el contacto con el menor por medios telemáticos con la propuesta del encuentro y por otro la realización de actos encaminados al acercamiento, la tercera de ellas se constituye como el tipo subjetivo donde debe analizarse un tipo penal mutilado en dos partes con la existencia de dolo respecto a la proposición del encuentro y con la finalidad de perpetrar un delito contra la indemnidad sexual del menor.<sup>51</sup>

Los elementos del tipo objetivo penal tienen que estar presentes al momento de sancionar una conducta ilícita, es así que se debe contar con la persona o personas que desempeñen la autoría del delito al realizar la conducta lesiva y perjudicial para el sujeto pasivo a quien habrán afectado el bien jurídico protegido por el derecho penal, ante estos acontecimientos se suma el verbo rector encaminado a establecer concretamente la forma en la que se realizó la acción.<sup>52</sup> Con respecto al delito del *child grooming* establecido en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), se puede determinar que el sujeto activo será indeterminado ya que el código no menciona a una característica específica que deba poseer la persona, en el caso del sujeto pasivo la persona tendrá que ser menor de die-

48 González Tascón, María, «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2010, p. 243.

49 Sentencia del Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013.

50 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal: artículo, 183 ter.- «1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

51 Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de online o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia, Tirano lo Blanch, p. 174.

52 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Perú, Ideas Solución Editorial S.A.C, 2019, pp. 409-410.

ciocho años y para concretar el delito deberá realizarse la acción determinada por el verbo rector en el presente caso es «concretar un encuentro por medios electrónicos o telemáticos». Estos elementos deben estar formulados para que en la práctica procesal los abogados, jueces y fiscales puedan determinar la existencia del delito.<sup>53</sup>

### *El contacto y la proposición sexual*

Esta primera parte integrante del tipo tiene como objetivo claro adelantar el castigo a sujetos que con finalidad sexual contactan con menores de dieciséis años.<sup>54</sup> Para que se cumpla este elemento, el contacto debe producirse a través de cualquier medio telemático, es decir se quita relevancia al contacto personal y se atiende al contacto virtual, buscando de esta manera dar relevancia al uso de las TIC en esta clase de conductas y destruir el concepto de «desconocido peligroso», dado que se trata de un contacto el autor debe obtener una respuesta por parte del menor, de no haber respuesta no se configura el «contacto».<sup>55</sup> Por otro lado en atención al bien jurídico está la propuesta del encuentro por parte del autor que debería requerir la respuesta de la víctima en el sentido que fuere, ya que la reacción del menor permitiría afirmar la existencia de una afectación.<sup>56</sup>

### *Ectos materiales encaminados al acercamiento*

Debe entenderse a esta parte del tipo objetivo como actos materiales encaminados al acercamiento trascendiendo el mundo virtual a la esfera de lo físico. Para aclarar esta duda debe entenderse que esta conducta consiste en elevar los actos preparatorios a la categoría de delito direccionados a cometer agresiones o abusos sexuales,<sup>57</sup> pues la proposición acompañada de actos materiales debe ser seria y veraz, cómo trasladarse a la ciudad del menor o visitar su centro escolar.<sup>58</sup>

### *Finalidad ulterior de la conducta-tipo subjetivo*

Si bien desde el inicio de la tipificación del grooming se exigía que el comportamiento sea doloso y que esté encaminado a cometer un delito contra la indemnidad sexual del menor;<sup>59</sup> en la actualidad debe entenderse que se castiga esta conducta como acto preparatorio de otro, pues adecuando su conducta se reuniría una ofensiva importante hacia el menor, con independencia de la orientación que tenga el sujeto activo para la perpetración de otros delitos.<sup>60</sup> Por este motivo no resulta imprescindible que ni siquiera el menor conozca al agresor, sino que el delito se entienda como consumado cuando tras haber realizado la proposición, se hallen verificables la realización de los actos materiales.

53 Código Orgánico Integral Penal: artículo, 173.- «Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

54 Ramos Vázquez, José, *Política criminal cultural y abuso sexual de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 158.

55 Núñez Fernández, José, «Presente y futuro del mal llamado delito de ciber-acoso a menores: análisis del artículo 183 bisCP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 65, Madrid, Ministerio de Justicia, 2012, p. 192.

56 Gómez Tomillo, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 731.

57 Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de online o propuesta sexual telemática...*, op. cit., p. 177.

58 Gómez Tomillo, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731.

59 Gómez Tomillo, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731.

60 Cugat Mauri, Miriam, «La nueva modalidad incriminadora del llamado *child grooming* o ciber acoso», en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235.

## Conclusiones

El Ecuador, a través de la promulgación de la Constitución del 2008, se configuró como un Estado garantista, lo cual no se vio aplicado en las leyes orgánicas, es así que, el delito de *child grooming* no se encontraba tipificado con anterioridad, ya que, la normativa interna no sancionaba las nuevas criminalidades desarrolladas con el avance de las TIC en la sociedad. Así pues, en el año 2014 entra en el Código Orgánico Integral Penal con el fin de establecer tipos penales que sancionen estos nuevos actos delictivos, como es el caso del *child grooming* que hace referencia al contacto que ejerce un mayor de dieciocho años hacia un menor de edad por medios electrónicos con la particularidad de que el contacto debe ser encaminado a un encuentro con fines sexuales. Ante este suceso, la norma sanciona este acto preparativo que al concretarse expone al menor a ser víctima de una violación o pornografía causando daños irreparables en la vida del niño.

Se obtuvieron 70 denuncias presentadas los primeros cuatro meses del año 2020 en la Fiscalía General del Estado, un incremento que surge por el confinamiento obligatorio que fue decretado por el Gobierno ecuatoriano ante la pandemia covid-19. Ante este suceso la nueva ley penal busca proteger el bien jurídico de la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran en desarrollo progresivo de su madurez física y psicológica que les permitirá poseer autonomía en el ámbito sexual, es decir, poseer las condiciones necesarias que permitan resguardar su integridad.

Los elementos del tipo penal en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal son específicos, ya que, el sujeto activo siempre será la persona mayor de dieciocho años que posea las intenciones de concretar un encuentro con finalidad sexual, de esta manera se brinda una seguridad efectiva a los menores que están expuestos al uso de las nuevas tecnologías, por lo tanto, los delitos de

violación o pornografía son ejecutados con mayor facilidad.

En mi opinión el Ecuador ha incluido la figura del *child grooming* a la legislación penal de una manera tardía. A partir del año 2014 la sociedad ecuatoriana puede denunciar estos delitos ya existentes, es así que Ecuador debe suscribirse al Convenio de Lanzarote para precautelar aún más los bienes jurídicos expuestos a la criminalidad sexual. Es importante señalar que la dogmática penal ha generado una discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de *child grooming*; un grupo minoritario pregona que al evitar el encuentro con finalidades sexuales por parte del adulto se precautela la libertad sexual, criterio al cual, no me adjunto, ya que los niños no se encuentran en la capacidad psíquica y física para brindar un consentimiento pleno, es decir, que éste no sufra de vicios por el motivo de que puede existir un chantaje o manipulación por parte del adulto y que será imposible que el menor lo discierna.

Sumándome a estos criterios comparto que el bien jurídico protegido en el *child grooming* es la indemnidad sexual que le permitirá al menor desarrollarse en óptimas condiciones para su madurez sexual. El haberse implementado esta norma en el COIP es un avance en materia de las nuevas criminalidades.

## REFERENCIAS

- Abarca Arévalo, Patricio, *Child grooming y la Ley N.º 20.526 que crea el delito de grooming en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Universidad Finis Terrae, 2019, pp. 70-72.
- Bustos Ramírez, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1986, p. 133.
- Cugat Mauri, Miriam, «La nueva modalidad incriminadora del llamado *child grooming* o ciber acoso», en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 235.

- Cifras obtenidas de la Fiscalía General del Estado del Ecuador.
- Díaz Cortés, Lina Mariola, «El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código Penal; una aproximación a su estudio», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, pp. 5-7.
- Dolz Lago, Manuel Jesús, «Un acercamiento al delito de *child grooming*», en *Diario La Ley*, 2011-1, p. 1740.
- Fernández Mejías, Jorge, «Aproximación a la conducta típica del delito de *child grooming* del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador», en *Perfil criminológico*, vol. 27, Fiscalía General del Estado, Dirección de Comunicación y Promoción Institucional, Quito, 2020, p. 12.
- García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., Perú, Ideas Solución Editorial S.A.C, 2019, pp. 409-410.
- García Falconí, Ramiro, *Código Orgánico Integral Comentado*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Quito, Latitud Cero Editores, 2014, p. 29.
- Gómez Tomillo, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 731.
- González Tascón, María, «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2010, p. 243.
- Instituto de la Familia Koons sobre Política y Derecho Internacional, *Grooming por internet de niños, niñas, y adolescentes con fines sexuales: Modelo de legislación y revisión global* (International Centre for Missing and Exploited Children Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados), 2007, p.19.
- Jerves Alvear, Pedro, *La validez del consentimiento de los menores de edad*, Quito, S. E., 2018, p. 19.
- Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel S. A., 1994, p. 16.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia Tiran lo Blanch, 2010, p. 240.
- Muñoz Conde, Francisco, «Monismo y dualismo en el derecho penal español», en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 6, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1981-1982, p. 219.
- Núñez Fernández, José, «Presente y futuro del mal llamado delito de ciber-acoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del anteproyecto de reforma de Código Penal de 2012 y 2013», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 65, Madrid Ministerio de Justicia, 2012, p. 192.
- Panizo Galence, Victoriano, «El ciber-acoso con intención sexual y el *child grooming*», en *Quadernos de Criminología, revista de criminología y ciencias forenses*, N.º 12, Valladolid, SECCIF, 2011, p. 25.
- Ramos Vázquez, José Ramón, *El llamado delito de «child grooming»: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*.
- Ramos Vázquez, José, *Política criminal cultural y abuso sexual de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 158.
- Roxin, Claus, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», en *Indret, revista para el análisis del derecho*, N.º 4, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2012, p.5.
- Sánchez Zapata, Sebastián, «El delito de pornografía infantil y TICs», en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2013, pp. 172-174.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Barcelona, Civitas, 2001, pp. 1, 16, 253.
- Suárez Rodríguez, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Navarra, Aranzadi, 1995, p. 42-46.
- Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de online o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 141, 174, 177.
- Villacampa Estiarte, Carolina, «Propuesta sexual telemática a menores u online *child grooming*: Configuración presente

del delito y perspectivas de modificación», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, Madrid, Latindex, 2014, p. 659.

Zúñiga, Laura, *Política Criminal*, Salamanca, Colex, 2001, p. 240, 255, 259, 265, 270.

### Instrumentos internacionales

Algunos de los Convenios y Decisiones referentes a la protección en varios aspectos: Convenio del Consejo de Europa de 2000, art. 9.2; Decisión Marco 2004/68/JAI; Acción Común del Consejo Europeo 2000/375/JAI de 29 de mayo de 2000; Decisión Marco 2000/220/JAI.

Convenio de Lanzarote: artículo, 23.- «Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro».

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: artículo, 19.- «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia

necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial».

### Leyes y normativa

Código Orgánico Integral Penal: artículo, 173.- «Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

Constitución de la República del Ecuador: artículo, 44.- «El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales», en el mismo sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia: artículo, 1.- «Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los ni-

ños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral».

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal: Artículo, 183 ter.- «1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y propon-

ga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Sentencia

· Sentencia del Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013.

## Consideraciones para autores

## Instrucciones para los autores

1. La revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del derecho en el Ecuador y otros países.

2. Los autores al presentar sus contribuciones a la revista CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Si el autor llegare a presentar el artículo ya publicado a otra revista, deberá notificar al particular al editor de la revista.

3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec, subdecanato.fjcps@uce.edu.ec, revista-capjuridica@gmail.com o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. Seis de Diciembre (Quito), a la atención de revista CAP Jurídica Central.

4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:

- Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, éstas se deberán entregar numeradas.

- Las colaboraciones a la revista CAP Jurídica Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo quince

páginas y máximo treinta. El número de páginas puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el consejo editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* (MLA) o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.

- Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1,0 en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.

- En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.

- Puesto que la revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.

- Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.

- Los artículos serán evaluados por el comité editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de pares ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser *publicable*, *no publicable* o *publicable con observaciones*.

- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.

- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no se procederá a la evaluación del artículo.

· El consejo editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose encontrar un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.

· El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del consejo editorial, o un miembro del consejo y otro que será seleccionado por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.

· El dictaminador del artículo tendrá veintidós días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir: (a) si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación; (b) comentarios para el autor —indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar—, y (c) sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema —sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos—.

### Política de derechos de autor

Los autores que publiquen en la revista CAP Jurídica Central se adhieren a los siguientes términos:

· En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la revista CAP Jurídica Central los derechos de reproducción y distribución de su artículo para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

· Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.

· Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distri-

bución de la versión de la obra publicada —por ejemplo, depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico— siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

· Se recomienda a los autores difundir su obra a través de internet —por ejemplo, en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web—, lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

### Responsabilidades de los revisores externos

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto, se les adscriben las siguientes responsabilidades:

**ROL DE REVISORES O ARBITRAJE.** Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>

**CONFLICTO DE INTERESES.** En caso de existir un conflicto de intereses de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

**CONFIDENCIALIDAD.** Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

**RETROALIMENTACIÓN.** Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes co-

rrespondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

**MODALIDAD DE ARBITRAJE .** Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los artículos evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación. Previamente, se somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio Urkund.

**RESPONSABILIDADES DEL COMITÉ EDITORIAL.** El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

**COMPETENCIA.** El comité editorial de la revista CAP Jurídica Central, es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos. La instancia final responsable de la edición es la coordinadora científica de la revista.

## **Código de conducta y mejores prácticas para editores**

### *Antecedentes/estructura*

La revista se sujeta a las normas emitidas por el Committee on Publication Ethics - Code of Conduct in Best Practices Guidelines for Journals Editors (COPE). El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las directrices sobre las Mejores Prácticas son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque COPE espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas —y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido—,

somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de Mejores Prácticas (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las Mejores Prácticas aparecen en cursiva.

### ***1. Deberes y responsabilidades generales de los editores***

*1.1.* Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:

- 1. 2.* Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- 1. 3.* Esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- 1. 4.* Establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- 1. 5.* abogar por la libertad de expresión;
- 1. 6.* mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- 1. 7.* Impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas;
- 8.* Estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

#### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del consejo editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*
- apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*

- apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;
- evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas; y
- asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.

## 2. Relaciones con los lectores

2.1. Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIAME, CONSORT);*
- *considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); e,*
- *informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del consejo editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

## 3. Relaciones con los autores

3.1. Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;

3.2. los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

3.3. los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

3.4. debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;

3.5. las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;

3.6. los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

3.7. los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y/o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores);*
- *publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación;*
- *asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE); y*
- *publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

#### 4. Relaciones con los revisores

4.1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;

4.2. los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;

4.3. los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación –incluidos los animales–, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);
- animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;
- considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);
- enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;
- favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista;
- alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;
- realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;
- desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;
- dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;

- asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;

- utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas); y

- seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.

#### 5. Relaciones con los miembros del consejo editorial

5.1. Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del consejo editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del consejo editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;

- identificar de forma apropiada a los miembros del consejo editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;

- revisar periódicamente la composición del consejo editorial. Proporcionar una orientación clara a los miembros del consejo editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:

- actuar como embajadores de la revista;
- apoyar y promover la revista;
- buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;
- revisar los envíos de trabajos a la revista;
- aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y
- asistir y participar en las reuniones del consejo editorial.

- consultar a los miembros del consejo editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros.

## 6. Relaciones con los propietarios de las revistas y editoriales

6.1. La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial;

6.2. los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación;

6.3. los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial;

6.4. los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso; y,
- comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.

## 7. El proceso editorial y la revisión por pares

7.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.

7.2. Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;
- mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en el de la revisión por pares;
- adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;
- revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;

- remitir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y

- considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.

## 8. Garantía de calidad

8.1. Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y
- Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como CONSORT) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.

## 9. Protección de datos individuales

9.1. Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesionales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes personales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores. Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas.*

## 10. Fomentar la investigación ética (por ejemplo, la investigación con seres humanos o animales)

10.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa).

10.2. Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan aclaraciones específicas;*

- *garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*

- *asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes; y*

- *nombrar a un consejero o un Comité de Ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

## 11. Cómo abordar posibles malas conductas

11.1. Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta

indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados;

11.2. los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos;

11.3. los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación;

11.4. los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo, un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva;

11.5. los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta. Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

## 12. Asegurar la integridad del documento académico

12.1. Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia;

12.2. los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);*

- *asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*

- *disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.*

## 13. Propiedad intelectual

13.1. Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infrac-

ciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);*

*- apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio; y*  
*- estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

#### **14. Fomento del debate**

14.1. Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista;

14.2. los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas;

14.3. los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*- Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.*

#### **15. Quejas y reclamaciones**

15.1. Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a COPE;

15.2. los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo COPE en relación con las quejas y reclamaciones.

#### **16. Intereses comerciales**

16.1. Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente);

16.2. los editores deberían tener políticas claras

de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados;

16.3. las reimpresiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*- Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpresiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*

*- garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y*

*- garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

#### **17. Conflictos de intereses**

17.1. Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial;

17.2. las revistas deben contar con un proceso declarado para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).

#### **Políticas de ética y detección de plagio**

La revista CAP Jurídica Central procurará que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello, se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics* (COPE) y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software Urkund, a través de los siguientes pasos:

### ***Envío***

El proceso de Urkund empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

### ***Similitudes de texto con las fuentes***

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. Urkund destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

### ***Análisis basado en machine learning***

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a

tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

### ***Creación y entrega del informe***

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al usuario (par ciego). Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el usuario pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no. A su vez, la revista CAP Jurídica Central cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

### ***Políticas de preservación digital***

La revista CAP Jurídica se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.

### ***Estilo de citación***

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (7), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre de 2020.



Esta revista se terminó de diseñar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de julio de 2021 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y director de Editorial Universitaria el Prof. Gustavo Pazmiño.